UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement en juin 1962

PAR

JEAN TOUSCOZ

MEMBRES DU JURY :

Président : M. R.-J. DUPUY, Professeur

Suffragants { M. J. BOULOUIS, Doyen.
M. M. FLORY, Professeur.

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (Ve)
PARIS

1964

LE PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE PRINCIPE D'EFFECTIVITÉ DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement en juin 1962

PAR

JEAN TOUSCOZ

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

MEMBRES DU JURY :

Président : M. R.-J. DUPUY, Professeur

Suffragants { M. J. BOULOUIS, Doyen.
M. M. FLORY, Professeur.

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1964

Table des abréviations utilisées dans les notes

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international.
A.J.I.L.	American Journal of international law.
B.Y.B.I.L.	British Year Book of international law.
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet).
R.C.A.D.I.	Académie de droit international de La Haye. Recueil des cours.
R.D.I.	Revue de droit international.
R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation comparée.
R.D.P.	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger.
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547003_0011

INTRODUCTION

L'effectivité est la nature de ce qui existe en fait, de ce qui existe concrètement, réellement ; elle s'oppose à ce qui est fictif, imaginaire ou purement verbal (1). Une règle ou une situation juridique sont effectives si elles se réalisent dans les faits, si elles s'incarnent dans la réalité.

La notion d'effectivité exprime par conséquent, du point de vue juridique, la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité, et entre une règle ou une situation juridique.

L'effectivité, c'est la qualité d'un titre juridique qui remplit objectivement sa fonction sociale.

En droit international, la notion d'effectivité a été de longue date utilisée dans l'ordre juridique international. Certaines situations ou certains titres juridiques sont valables et opposables à la condition d'être effectifs, réalisés en fait. L'effectivité est alors la condition nécessaire, et quelquefois la condition suffisante de la

(1) Le dictionnaire Encyclopédique Littré, définit l'effectivité comme la nature de ce qui est effectif, et effectif comme ce qui existe réellement, positivement. L'Encyclopédie Larousse définit le terme effectif comme ce qui existe en fait. Le dictionnaire de la terminologie du droit international (publié sous le patronage de l'Union Académique Internationale, Paris, Sirey, 1960, 765 p.) définit l'effectivité dans les termes suivants : « Caractère de ce qui existe en fait. Terme appliqué à une situation dont on invoque qu'elle existe en fait. Caractère parfois invoqué pour justifier la reconnaissance d'un Etat ou d'un gouvernement nouveau. En matière de reconnaissance d'Etat ou de gouvernement, Salviolli (R.C.A.D.I.T. 46, p. 52) constate que « souvent lorsqu'un Etat reconnaît un autre Etat déjà né effectivement (par exemple ancienne province de l'Etat B), il fait valoir, contre l'opposition de l'Etat à cet acte, l'argument qu'un Etat existe avec lequel il a besoin d'entretenir des relations pacifiques pour la protection et la sauvegarde de ses intérêts » ; suivent deux brèves rubriques sur l'effectivité du blocus et l'effectivité de l'occupation.

Notons que le terme « effectif » est fréquemment employé en théologie pour désigner ce qui produit des effets : on oppose ainsi l'amour effectif, qui fait pratiquer la charité, à l'amour affectif qui ne produit que des sentiments.

validité. Tel est le cas notamment de l'occupation des territoires sans maîtres qui pour être valable doit être effective ; du blocus, qui doit être notifié et effectif ; de l'attribution par un Etat de sa nationalité à un individu, qui pour être opposable aux autres Etats doit reposer sur un lien substantiel, effectif, rattachant l'individu à l'Etat en cause ; de l'établissement d'un nouveau gouvernement qui ne peut prétendre à représenter valablement l'Etat qu'à la condition d'exercer effectivement les compétences gouvernementales.

Dans toutes ces hypothèses la notion d'effectivité est donc prise en considération dans l'ordre international. Cette notion évoque un certain degré de puissance matérielle, politique, militaire, économique, etc., dont le droit international prend acte pour y attacher certaines conséquences juridiques (2). L'effectivité apparaît comme étant elle-même un élément constitutif du droit, elle est une notion proprement juridique.

Certains auteurs font même allusion à un « principe d'effectivité » ou à un « principe général d'effectivité », en droit international (3). Existe-t-il, en droit international, un « principe général d'effectivité », analogue aux autres principes généraux du droit international ? L'existence de ce principe, son contenu, sa formulation et sa nature juridique n'ont pas été établis jusqu'ici avec certitude.

L'étude systématique du principe d'effectivité dans l'ordre international n'a encore jamais été entreprise (4) ; le principe lui-même n'a d'ailleurs jamais été formulé avec précision.

(2) Cf. Ch. de VISSCHER, *Théories - réalités..., op. cit.*, p. 390.

(3) Cf. notamment KELSEN, *La transformation du droit international en droit interne*, R.G.D.I.P. 1936, t. 43, p. 26 (l'auteur emploie l'expression « le principe général d'effectivité qui régit le droit international général... ») ; du même auteur, *Recent trends in international law of New York*, 1952, p. 290. ROUSSEAU, *Droit international public approfondi*, 1952, p. 110 (l'auteur emploie l'expression « la théorie de la nationalité effective... n'est qu'un aspect de la théorie plus générale de l'effectivité dans les situations juridiques en droit international »). Madame BASTID, MM. REUTER, PINTO, GUGGENHEIM, ALVAREZ notamment, font de fréquentes allusions à l'effectivité dans leurs écrits. Cf. aussi LAUTERPACHT, *The development of international law by the international court*, Stevens, London, 4e partie, *the effectiveness of the law.*

(4) Quelques études relatives à l'effectivité existent cependant (nous ne mentionnerons pas ici les assez nombreuses études de l'école fasciste italienne sur ce sujet, antérieures pour la plupart au second conflit mondial). Cf. BELLINI, *Il principio generale dell'effectività nell'ordinamento internazionale*, Annuario di diritto comparato, XXVII, 1951, Piovani. Il significato del principi di effectività, Milan, 1953, pp. 115 à 139. R.W. TUCKER, *The principle of effectiveness in international law in Law and politics in the world community, Essays on Hans Kelsen's pure theory and related problems in international law, G.A. Lipsky*, Los Angeles, 1953, pp. 31 à 48. SALVIOLI, *L'effectività in diritto internazionale*, Rivista trimestriale di diritto publico, 1953, pp. 271 à 280. KRUGER,

L'étude de ce principe, qui s'applique à de très nombreux domaines du droit international, présente donc un intérêt certain.

En termes très généraux on peut affirmer que, en vertu du principe d'effectivité, seules les règles et les situations juridiques dotées d'une certaine effectivité sont valables et opposables.

Très sommairement et au premier abord, le principe d'effectivité pose donc un problème de théorie juridique puisqu'il revient à affirmer que seules les règles (ou les situations) effectives peuvent être qualifiées de règles (ou de situations) juridiques.

Les différentes écoles de philosophie du droit conçoivent en effet différemment ce principe d'effectivité.

Au plan philosophique, le problème posé par le principe d'effectivité est celui du critère qu'il convient d'adopter pour déterminer l'ensemble des règles et des situations qui composent un ordre juridique : en d'autres termes, le problème est de savoir si l'effectivité est le critère de la juridicité.

Selon l'école du positivisme critique, le critère de la juridicité d'une règle (ou d'une situation) est sa conformité en la forme et au fond à une règle supérieure. Le critère de la juridicité est la légalité. Mais quel est le critère de la validité de la norme fondamentale, de la norme initiale, de laquelle dépendent toutes les autres ? La réponse à cette question repose sur un postulat, sur une présupposition juridique : la norme initiale est supposée valable et obligatoire par elle-même, son effectivité est posée comme un principe de droit positif (5).

Selon l'école du positivisme sociologique, au contraire, le critère de la validité réside dans l'effectivité : seules les règles et les situations effectives feraient partie de l'ordre juridique. Une règle de droit totalement ineffective serait nécessairement privée de validité. Mais cette affirmation qui se fonde sur l'observation de la réalité juridique ne peut être acceptée que s'il est établi que le principe d'effectivité — critère de la validité — est une règle de droit positif.

Das princip der effectivitat, oder Festchrifft dür Jean Spiropoulos, Bonn, 1957, pp. 265 à 284. Ch. de VISSCHER, *Observations sur l'effectivité en droit international public,* R.G.D.I.P. 1958, pp. 601 à 609 (du même auteur, *Théories et Réalités en droit international public, op. cit.,* Livre III, chapitre 4, pp. 390 à 407, intitulé « *De l'effectivité dans les rapports internationaux* »). Adolfo Miaja de la Muela, *El principio de effectividad in derecho internacionad, Universitad di Valladolid,* 1958, 115 p.

(5) Cf. HÉRAULT, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire,* thèse Toulouse, 1945.

Malgré l'intérêt que représenterait une étude purement théorique du principe d'effectivité dans l'ordre international, nous n'examinerons pas le principe d'effectivité dans cette perspective philosophique ; mais nous nous efforcerons de démontrer qu'il existe en droit international, un principe d'effectivité qui est une règle du droit positif. qui s'impose aux sujets de l'ordre juridique international (6).

L'étude du principe d'effectivité dans l'ordre international doit être entreprise en étudiant le droit positif international, tel qu'il résulte de la pratique des sujets de droit et des décisions jurisprudentielles car la technique juridique a recours à ce principe.

L'étude du principe d'effectivité dans les ordres étatiques se situe nécessairement à un niveau différent ; elle est d'ordre théorique ou philosophique.

En effet, dans un ordre étatique, le droit positif (l'ensemble des règles obligatoires) est composé de l'ensemble des règles posées par les organes compétents (critère de la légalité formelle) ; l'ordre étatique étant globalement effectif, ses règles sont dans l'ensemble effectives car l'effectivité de l'ordre juridique entraîne normalement celle des règles et des situations qui le composent.

Certes, les juristes envisagent fréquemment le cas des règles juridiques ineffectives au sein d'un ordre étatique : ces règles sont valables mais non appliquées (7). Mais, dans le cadre d'un ordre juridique effectif, il vaut mieux parler, nous semble-t-il, de règles inefficaces (8). L'efficacié exprime la mesure dans laquelle une institution ou une règle atteignent le but qui leur a été conféré par leur auteur. L'efficacité qualifie donc l'adaptation plus ou moins parfaite de la règle à l'objectif social qui lui était assigné ; on dira, par exemple, que la législation antialcoolique a été efficace dans les pays scandinaves ; l'efficacité se mesure par référence à une intention. Au contraire, l'effectivité mesure simplement la relation qui existe entre une règle ou une situation juridique et la réalité sociale : elle est en ce sens une notion plus simple, moins élaborée que celle d'efficacité.

Cette notion d'efficacité tient d'ailleurs une place limitée dans l'analyse juridique des ordres internes ; les problèmes de légalité, de validité, sont par excellence les problèmes qui retiennent l'atten-

(6) La nature juridique de cette règle de droit positif devra être précisée.

(7) Cf. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, l'année sociologique*, 1957-1958, 3e série, p. 3.

(8) D'éminents auteurs (KELSEN par exemple) emploient semble-t-il indifféremment les deux termes *effectif* et *efficace* créant ainsi une confusion supplémentaire.

tion du juriste. Les problèmes d'efficacité sont plutôt étudiés par le sociologue ou par le « political scientist ».

La science juridique ne s'attache pas normalement aux problèmes d'efficacité ; quant à l'effectivité, la relation qui existe entre une règle (ou une situation) juridique et la réalité sociale, elle échappe à plus forte raison à la science juridique ; l'objet de celle-ci est en effet l'étude des règles (et des situations) juridiques dans leurs relations réciproques et la méthode juridique est le plus souvent déductive : c'est la conformité ou la non conformité des règles et des situations juridiques au droit positif qui est principalement étudiée par les juristes.

La notion d'effectivité réapparaît pratiquement, dans l'étude des ordres étatiques, dans l'étude des crises, où l'effectivité globale de l'ordre juridique est mise en question.

Dans les périodes d'extrême tension, de crise révolutionnaire, la légalité en vigueur est mise en cause au nom d'une légitimité nouvelle : la révolution tend à instaurer un changement de tout l'ordre juridique par un changement de l'effectivité.

La légitimité est en effet le lien qui existe normalement entre la légalité et l'effectivité d'un ordre juridique étatique ; la légitimité exprime la conformité, appréciée subjectivement, des règles juridiques en vigueur, à un ensemble de règles non écrites, émanant d'un ordre de valeurs supérieures à l'ordre juridique et d'une autre nature. Elle introduit une médiation entre la subjectivité des valeurs juridiques (sentiment de l'obligation) et l'objectivité de leurs conséquences sociales (contrainte). Mais cette légitimité peut être mise en cause, au nom d'une légitimité nouvelle : du même coup, la validité et l'effectivité de l'ordre juridique en question sont menacées : c'est l'hypothèse de la révolution.

Devant ce phénomène, le juriste doit alors nécessairement abandonner le plan de la légalité formelle et faire une plus large part à la notion d'effectivité ; la théorie juridique des révolutions a nécessairement recours au principe d'effectivité.

C'est donc seulement à partir du moment où l'effectivité globale de l'ordre juridique n'est plus assurée que le juriste étudiant les ordres étatiques, est amené à considérer le principe d'effectivité.

En somme, l'effectivité, et plus encore le principe d'effectivité, sont étudiés par les juristes dans le cadre des ordres juridiques internes ou bien lorsque l'effectivité globale de l'ordre juridique est remise en question (dans ce cas, la science et la méthode juridique manifestent d'ailleurs leur impuissance) ou bien dans une perspective très philosophique, très éloignée par sa méthode et

son champ d'investigation des domaines habituels de la science juridique (9).

Au contraire, dans l'ordre international, la technique juridique a sans cesse recours au principe d'effectivité. En effet, l'ordre international n'est pas centralisé, hiérarchisé, comme le sont les ordres internes. La hiérarchie des institutions n'assure pas complètement l'effectivité de la hiérarchie des normes.

La tension qui existe dans tout ordre juridique, entre les règles et les situations juridiques, d'une part, la réalité sociale, d'autre part, est dans l'ordre international particulièrement grave ; dans tout ordre juridique, les règles qui contiennent des prescriptions obligatoires et contraignantes rencontrent une opposition perpétuelle de la réalité qu'elles doivent vaincre (10). La centralisation du pouvoir, l'existence d'une fonction exécutive, l'organisation de sanctions assurent normalement l'effectivité des ordres juridiques étatiques. L'ordre international ne dispose pas de ces techniques évoluées. C'est un droit encore primitif dans lequel les relations du fait et du droit posent un problème essentiel.

Mais les différences entre l'ordre juridique international et les ordres internes s'atténuent progressivement. Jusqu'à la première guerre mondiale, la violence, même illicite, était dans l'ordre international, une manifestation admise de l'effectivité ; le droit pouvait émerger de l'illégalité; *ex injuria jus oritur,* ou plutôt aucune distinction n'était établie entre l'usage légal et illégal de la force. La subjugation d'un Etat ou l'occupation belliqueuse étaient, par exemple, des modes valables d'extension des compétences étatiques. Depuis le pacte de la S.D.N. et le pacte Briand-Kellog, le recours à la violence n'est plus une compétence discrétionnaire des Etats. Le principe « *ex injuria juris non oritur* » s'applique dans l'ordre international comme dans tout ordre juridique.

Mais l'ordre international ne dispose pas, comme les ordres juridiques étatiques, d'un ensemble d'institutions hiérarchisées permettant d'assurer globalement, par la coercition, l'application effective de l'ensemble des normes et des situations formellement valables.

Dans ces conditions, le juriste ne saurait, sans faillir à sa mission, se contenter d'une étude purement formelle et déductive

(9) Cf. Jean CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, L'année sociologique,* 3e série, 1957-1958, p. 1 et s. AMSELEK Paul, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit* (essai de phénoménologie juridique), thèse, Paris, 1962.

(10) Il existe toujours des tensions entre la loi et la réalité ; comme KELSEN l'a souvent affirmé, un système juridique n'aurait aucun sens s'il prescrivait aux hommes de se conduire comme ils se conduisent actuellement.

du droit international ; cette étude ne peut être entreprise du seul point de vue de la légalité.

Mais cette exigence n'a pas toujours été clairement perçue par la doctrine internationale ; l'attention des juristes a souvent été retenue, comme on l'a fait remarquer, par l'étude de « cette partie du droit international qui est expressément créé par des procédés de création extériorisée préétablis à cette fin » (11).

Le droit international est ainsi apparu comme un droit *créé*, la condition d'une norme de droit positif étant sa formulation par un organe ou un « pouvoir » compétent, utilisant un procédé apte à la création des règles du droit. Le point de vue formel, de la légalité, l'a emporté, et progressivement le positivisme juridique en droit international s'est réduit à un volontarisme étatique : ainsi a été créé le mythe de la volonté de l'Etat comme source unique du droit. Mais le volontarisme étatique s'écarte par trop de la réalité : il repose en effet sur le principe de l'égalité des Etats souverains, principe purement abstrait qui ne tient aucun compte des différences de fait qui existent entre les Etats. Si la volonté des Etats est souvent une condition nécessaire et suffisante de l'effectivité des normes et des situations juridiques et de leur validité dans l'ordre international, elle n'en est pas le fondement unique.

On peut même affirmer, en reprenant la formule du Professeur Bourquin (12), que « la source profonde du droit, celle d'où jaillit sa force vitale, échappe fatalement à l'action de l'Etat et, loin d'être dominée par celle-ci, la commande et la dirige : elle est faite d'un complexe de réactions psychologiques, déterminées à leur tour par un ensemble de faits matériels, et de conceptions idéales, par des besoins économiques, des aspirations sociales, des croyances, des traditions ».

Or, le volontarisme étatique tend à réduire le droit international à une pure logique, à une science du verbe et des mots. Toute relation causale entre le domaine empirique des faits et celui des valeurs normatives est ainsi éliminée.

La doctrine moderne a réagi contre cette tendance et, suivant d'ailleurs une certaine évolution de l'interprétation du droit positif par les juridictions internationales, a porté plus souvent son attention sur les relations qui unissent le droit au fait, c'est-à-dire sur l'effectivité (13).

(11) R. Aco, *Droit positif et droit international*, A.F.D.I. 1957, pp. 14 à 62 et ici p. 16.

(12) Bourquin, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I. 1931.I, p. 52.

(13) Cf. Lauterpacht, *op. cit.*

L'emploi fréquent par de nombreux théoriciens contemporains du droit international des expressions « effectivité » ou « principe d'effectivité » le révèle d'ailleurs clairement.

Encore faut-il, dans cette perspective, définir avec soin ces expressions et rechercher le champ d'application de ce principe d'effectivité en droit international positif : tel est l'objet de cette étude.

L'effectivité (au sens juridique) que nous avons défini *a priori* comme la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité et entre une règle ou une situation juridique, est une notion très imprécise. Aucun des éléments de cette définition n'est rigoureux. Mais il faut, semble-t-il, se contenter de cette insatisfaisante définition. Les faits et le droit ont en effet entre eux des relations multiples ; l'effectivité qui désigne ces relations est elle-même multiforme ; schématiquement, on peut considérer que ces relations revêtent un double aspect. Le droit naît du fait, il est le produit d'un ensemble de forces sociales, objectives, souvent canalisées et exprimées par des forces juridiques ; le fait agit donc sur le droit dans la phase de création ou d'élaboration, et il contribue aussi à le transformer.

Mais, d'autre part, le droit se réalise dans les faits et on ne conçoit pas de norme ou de situation juridique désincarnée. La fonction même du droit est d'ordonner et par conséquent de transformer, de modifier, d'orienter la réalité sociale.

Cette double relation entre le droit et les faits, ces deux aspects de l'effectivité, se conçoivent facilement ; leur anaylse technique est beaucoup plus difficile. C'est pourtant à cette action réciproque du droit sur la réalité et de la réalité sur le droit que s'applique le principe d'effectivité. Le droit et les faits, reliés par un mouvement dialectique permanent, se déterminent et se transforment réciproquement : l'une des deux actions ne peut être isolée de l'autre. Et une adéquation aussi parfaite que possible entre les deux termes du rapport tend à se réaliser dans la durée.

A titre d'hypothèse de recherche, nous procéderons à deux affirmations :

1° La relation qui existe entre la réalité, les faits, d'une part, et l'ensemble des règles et situations juridiques est, en vertu du principe d'effectivité, *une relation nécessaire.*

2° Une adéquation aussi parfaite que possible des deux termes du rapport qui sont en tension permanente, tend à se réaliser (14).

(14) Selon l'excellente formule de M. de Visscher (*Observations sur l'effectivité en droit international public*, R.G.D.I.P. 1958, pp. 601 à 609, et ici p. 601).

Ces deux hypothèses de recherche constituent les deux aspects du principe d'effectivité. Ce principe peut donc être formulé dans les termes suivants : « *Il existe une relation nécessaire entre les règles et situations juridiques et la réalité sociale et cette relation tend progressivement vers une identification.* »

Ce principe illustre la constatation répandue qu'une séparation durable du droit et du fait ne peut se maintenir. Un divorce provisoire peut, certes, s'établir entre le droit et le fait, mais les forces sociales qui soutendent les formes juridiques conduisent alors à rétablir l'adéquation du droit et du fait, à restaurer une situation juridique effective ; la validité et l'effectivité ne peuvent rester longtemps séparées : au contraire, elles se définissent l'une par l'autre, elles se fondent réciproquement (15).

Il nous appartient maintenant de démontrer l'existence de ce principe d'effectivité, dont l'intuition permet de saisir le rôle dans la société internationale.

Dans ce but, nous nous efforcerons de vérifier l'exactitude des hypothèses précédemment formulées en étudiant les relations juridiques internationales et la jurisprudence internationale.

Pour être probante, notre analyse doit s'appliquer à tous les domaines de l'ordre international, car le principe d'effectivité a une portée générale : il nous sera évidemment impossible d'épuiser dans leur diversité et leur complexité la multitude de situations et de relations juridiques susceptibles de fournir un exemple d'application du principe d'effectivité.

Deux catégories distinctes d'hypothèses dans lesquelles le principe d'effectivité trouve à s'appliquer peuvent cependant être dégagées, qui regroupent, semble-t-il, tous les cas d'application du principe d'effectivité : celles dans lesquelles le principe d'effectivité préside à la formation ou à l'élaboration du droit ; celles où ce principe régit le changement, la révision des règles et des situations juridiques.

Cette distinction correspond aux deux fonctions du principe d'effectivité dans l'ordre international : sa fonction créatrice et sa

« L'effectivité est une notion qui occupe en droit international public une place particulièrement importante mais encore mal définie. L'équivoque s'y glisse facilement ; elle se dérobe à toute définition générale. *Elle suggère à la fois l'idée d'une certaine tension et d'une ultime adéquation entre le fait et le droit* ».

(15) Selon la formule de M. Pinto (*La prescription, op. cit.*, p. 398), « le droit est une création sociale continue ; statique, le phénomène juridique est mort ; il a épuisé ses effets et appartient à l'histoire. Le droit est vivant, le droit en vigueur, se réalise dans l'action par une synthèse dialectique, dynamique, tantôt de l'être et du devoir être, tantôt du devoir être et de l'être ».

fonction révisionniste, qui manifestent toutes les deux le rôle dynamique du principe d'effectivité.

En effet, la formation, l'élaboration des règles et des situations juridiques internationales sont soumises au principe d'effectivité.

Dans certaines hypothèses assez rares, le droit émerge directement du fait, l'effectivité se transforme immédiatement en validité : c'est le cas lorsqu'un sujet du droit international étant libre de se créer un titre à lui-même, en l'absence de dispositions restrictives émanant de l'ordre juridique, la condition de la validité et de l'opposabilité du nouveau titre se résume en son effectivité.

Dans d'autres hypothèses, le droit émerge directement du fait, dans un processus continu qui implique l'intervention du temps, de la durée : les coutumes se forment ainsi à partir de l'effectivité.

Enfin, plus souvent, l'effectivité apparaît comme une notion juridiquement élaborée : elle est encore un élément constitutif du droit, elle contribue à la création de nouvelles normes ou de nouvelles situations juridiques, mais ses effets sont médiatisés par des techniques juridiques formelles.

Dans chacune de ces situations, l'effectivité manifeste sa fonction créatrice, elle contribue à la formation de nouvelles règles et de nouvelles situations juridiques.

Mais la révision, la modification des titres juridiques est, elle aussi, soumise au principe de l'effectivité. Tout droit longtemps négligé, toute règle inappliquée, s'affaiblissent par le non usage. La sécurité des rapports internationaux exige que le droit et le fait ne demeurent pas longtemps séparés. Le fait d'ailleurs conserve dans la société internationale trop d'importance pour être neutralisé par des affirmations de droit dénuées d'effectivité. Ainsi, si deux titres juridiques sont en conflit, c'est le titre le plus effectif qui tend à l'emporter.

Dans chacune de ces situations, l'effectivité manifeste sa fonction révisionniste, elle est la cause d'une modification des règles et des situations juridiques.

L'étude de ces deux fonctions de l'effectivité dans l'ordre international nous permettra d'établir l'existence en droit positif du principe d'effectivité, dont nous avons avancé par hypothèse la formulation.

Cette étude sera donc divisée en deux parties :

- La fonction créatrice de l'effectivité.
- La fonction révisionniste de l'effectivité.

PREMIERE PARTIE

LA FONCTION CRÉATRICE DE L'EFFECTIVITÉ

La création du droit international, c'est-à-dire la formation de nouvelles règles ou de nouvelles situations juridiques, est tout entière soumise au principe d'effectivité. L'effectivité conditionne d'abord la formation de certaines règles : le rôle de l'effectivité est manifeste dans la formation des coutumes : c'est l'établissement d'une relation étroite entre la règle coutumière et la réalité qui conditionne la formation de la règle et qui fonde sa validité ; l'effectivité exerce ici sa fonction créatrice immédiatement, sans qu'aucune technique juridique d'élaboration du droit n'intervienne. Mais la fonction créatrice de l'effectivité se manifeste également d'une manière indirecte dans la formation d'autres règles juridiques, issues de sources formelles ; la fonction créatrice de l'effectivité est alors médiatisée par certaines techniques ou par certaines procédures juridiques.

Mais, dans les deux hypothèses, la fonction créatrice de l'effectivité apparaît également : l'*effectivité conditionne la formation des règles juridiques.*

De plus, l'effectivité fonde la validité ou détermine le domaine de validité de certains titres (règles ou situations) juridiques.

C'est elle qui détermine le domaine de validité de certaines situations juridiques d'origine conventionnelle ; d'autre part, c'est l'effectivité qui fonde la validité des traités conclus sous la violence lorsque celle-ci est exercée sur l'un des Etats contractants. Enfin, c'est l'effectivité qui fonde la validité des compétences étatiques.

Ainsi l'effectivité exerce-t-elle sa fonction créatrice *en fondant la validité de certains titres juridiques.*

Nous étudierons successivement ces deux aspects de la fonction créatrice de l'effectivité, pour montrer la subordination de l'ensemble des techniques de formation du droit international au principe d'effectivité.

CHAPITRE PREMIER

L'effectivité conditionne la formation de certaines règles juridiques

L'ordre international, à la différence des ordres internes, n'est pas centralisé ou hiérarchisé ; aussi les modalités de l'élaboration des règles juridiques internationales, et le fondement même de leur caractère obligatoire, donnent-elles lieu à de nombreuses incertitudes et à diverses théories doctrinales.

L'école volontariste, respectueuse du principe de l'égalité souveraine des Etats, postule que la volonté de ceux-ci est la source unique des règles juridiques internationales.

Les diverses tendances de l'école objectiviste s'efforcent d'établir que les normes internationales sont fondées sur une certaine conformité à un ordre objectif défini plus ou moins abstraitement, par des critères naturels, moraux ou sociologiques.

Mais ces efforts de systématisation, malgré leur grand intérêt et leur cohérence interne, achoppent bien souvent sur la réalité des relations internationales ; la pensée juridique, pour rester fidèle à ses postulats, doit alors avoir recours à la fiction ou à des notions par trop imprécises, pour respecter le principe logique de non contradiction.

La prise en considération, dans l'étude de la formation des règles juridiques internationales, du principe d'effectivité tel que nous l'avons défini, nous paraît de nature à jeter quelque lumière dans le domaine de l'élaboration des règles juridiques.

L'effectivité, c'est-à-dire la relation qui existe entre un titre juridique et la réalité sociale, relation étroite et durable, conditionne en effet la formation des règles juridiques internationales.

L'article 38 du staut de la Cour Internationale de Justice distingue, parmi les sources du droit international, les coutumes, les traités, les principes généraux du droit (la jurisprudence et la doctrine étant des sources auxiliaires) ; attachant notre attention au problème de la formation des règles juridiques, nous n'examinerons pas ici les principes généraux du droit. En revanche, il paraît nécessaire d'envisager non seulement la formation des coutumes et des traités mais aussi celle des décisions des organisations internationales, qui constituent un ensemble important de règles juridiques internationales.

Les règles coutumières d'abord, se forment par la répétition de certains comportements ; nous établirons que l'effectivité joue dans ce processus de formation, un rôle primordial.

L'élaboration des règles juridiques posées par les traités bilatéraux ne retiendra pas notre attention car les techniques d'élaboration des traités bilatéraux reposent sur le principe volontariste de l'échange des consentements ; seule une étude parajuridique des relations internationales permettrait de montrer le rôle de l'effectivité dans la formation de ces règles juridiques (rôle qui apparaîtrait en prenant en considération les inégalités de fait des deux Etats contractants) ; nous n'entreprendrons pas cette étude ; en revanche, une étude proprement juridique de certaines techniques d'élaboration des traités multilatéraux permet de montrer la fonction créatrice de l'effectivité dans l'ordre international : l'effectivité conférée à une règle juridique mise en œuvre par un groupement d'Etats a pour effet de donner à cette règle une « rigidité » qui limite notablement la liberté des Etats étrangers au groupement par rapport à la règle en question.

Enfin, l'élaboration des décisions des organisations internationales reflète elle aussi le rôle de l'effectivité : le rôle particulier réservé dans les organisations aux grandes puissances et aux Etats intéressés ainsi que les procédures majoritaires d'élaboration des décisions des organisations internationales, ne sont que des moyens utilisés pour permettre l'application du principe d'effectivité dans l'élaboration de ces décisions.

Ainsi apparaît, sous un premier aspect, la fonction créatrice de l'effectivité dans l'ordre international ; l'élaboration des règles juridiques internationales a pour effet d'établir une relation suffisamment étroite et suffisamment durable entre ces règles et la réalité : effectivité et validité apparaissent indissociables dès le moment de la formation du droit.

La volonté des Etats, la conformité des règles juridiques à un ordre objectif, jouent un rôle qui n'est pas exclusif ni même déterminant dans la formation du droit international.

Au contraire, la fonction créatrice de l'effectivité, qu'elle se manifeste directement (lorsque le droit est immédiatement issu du fait, comme dans la formation de la coutume) ou indirectement (lorsque des techniques juridiques formelles traduisent ou expriment la relation nécessaire qui doit exister entre le fait et le droit), joue dans ce domaine un rôle essentiel.

Section 1

LE PRINCIPE D'EFFECTIVITE ET LA FORMATION DES REGLES COUTUMIERES

L'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice définit la coutume comme « la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant du droit » (1).

La coutume est un processus de formation des règles juridiques à partir du fait, assorti d'un élément dynamique et stabilisateur : la durée, le temps social (2).

En effet, la coutume est constituée d'abord par un élément matériel ; elle est formée, non par des actes qui tendent expressément à la création de normes juridiques, mais par des comportements, par des actes matériels ou juridiques dépourvus en eux-mêmes de tout caractère normatif, qui sont de purs faits (3).

(1) Certains auteurs ont d'ailleurs critiqué cette définition en soulignant que la coutume ne doit pas être considérée comme *un moyen de preuve* d'une règle antérieure. Ch. de Visscher écrit à ce sujet : « c'est la pratique qui sert à démontrer l'existence d'une coutume et non l'inverse » (*in* La codification du droit international, R.C.A.D.I. 1925, t. VI, pp. 325-465 et ici p. 352, note 1) ; dans le même sens, cf. Kelsen, *Théorie du droit international coutumier,* Rev. Int. de la Théorie du droit, 1939, pp. 253-274.

(2) La Cour permanente de Justice Internationale a défini la coutume, dans l'arrêt rendu sur l'affaire du *Lotus,* comme « étant constituée par des usages généralement acceptés comme consacrant des principes de droit ». Cf. série A, n° 10, p. 60. Le juge Negulesco, dans son opinion dissidente sur l'affaire de la Commission Européenne du Danube a fourni une définition détaillée de la coutume : « Il faut (pour qu'une coutume soit établie) l'existence d'un usage immémorial, consistant à la fois en une répétition ininterrompue de faits accomplis dans le domaine des relations internationales et en une conscience juridique commune des Etats qui y participent, basée sur la croyance réciproque que la répétition des faits est la manifestation d'une règle obligatoire » ; cf. série B, n° 14, p. 105.

(3) Pinto, *La prescription en droit international,* R.C.A.D.I., t. 87, p. 397. Certains auteurs ont utilisé une image très éclairante pour décrire ce proces-

L'établissement d'une règle coutumière ne résulte pas directement de la volonté des Etats mais d'un raisonnement qui dégage de la conduite concrète des sujets de droit une règle abstraite dont le contenu est conforme à la conduite envisagée. En réalité, « une coutume apparaît, elle s'établit, elle se consolide, quand certaines pratiques paraissent suffisamment implantées dans les rapports entre les Etats pour que l'on puisse y voir l'expression d'un équilibre d'intérêts... Et en sens inverse une coutume disparaît quand apparaissent des besoins nouveaux, des besoins sociaux différents » (4).

Pour être constitutive d'une coutume, une pratique doit avoir une certaine durée ; il est naturellement impossible d'exiger que la pratique en question ait été suivie depuis une époque immémorable : le progrès technique a donné naissance à certaines situations et à certaines activités qui n'avaient pas de précédents : par exemple, les coutumes relatives à la circulation sur les canaux internationaux ne sauraient évidemment être antérieures à la construction des canaux ; mais, de plus, ni le droit positif, ni même la doctrine, n'ont cherché à déterminer pour la coutume internationale un délai analogue par exemple aux délais de prescription en droit interne.

Aussi doit-on se contenter d'une définition assez imprécise de la pratique coutumière, élément matériel de la coutume. Le droit international pose l'exigence que la pratique en question ait été réalisée autant de fois que l'occasion s'en est présentée.

Mais la coutume ne comprend pas seulement un élément matériel ; elle implique également un élément psychologique (*opinio juris sive necessitatis*), qui consiste en la conviction que les actes constitutifs de la pratique générale correspondent à l'exécution d'une obligation juridique.

Aussi la formation de la coutume pose-t-elle de délicates questions ; en l'étudiant, « on reste en présence de ce qu'a nécessairement d'irrationnel tout phénomène à travers lequel se manifeste le passage insaisissable d'une source matérielle à une source formelle » (5).

sus de formation des règles coutumières ; ils le comparent au tracé d'un sentier dans un champ par des empreintes de pas successives, soulignant ainsi l'antériorité du fait, qui caractérise la formation de la coutume. Cf. par exemple, J. Coblet, *Cases and opinions of international law*, 3e édition, 1909, 1re partie, p. 56.

(4) Ch. de Visscher, *Coutume et traité en droit international public. Nature et fonction. Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales*, Paris, 1954-1955.

(5) Reuter, *Droit international, op. cit.*, p. 34.

Quelle est la part irréductible de la volonté des Etats dans l'élaboration des règles coutumières ? Quelle est la nature du processus mental par lequel l'esprit humain associe la normativité (idée de l'obligation) à certaines régularités sociales ? Quel est le fondement du caractère obligatoire des règles coutumières (problème qui est intimement lié aux questions posées par l'élaboration de la coutume) ?

Ces questions, comme toutes celles que pose l'étude de coutume, sont en rapport avec le principe d'effectivité.

La coutume est en effet un mode de création du droit à partir du fait ; processus spontané d'adéquation du droit au fait, elle est par excellence un domaine dans lequel le principe d'effectivité produit ses effets.

C'est en effet le principe d'effectivité qui conditionne la formation de la coutume et qui fonde sa validité, sa force obligatoire.

Nous nous efforcerons de le démontrer en étudiant les deux éléments constitutifs de la coutume : la pratique générale et l'*opinio juris sive necessitatis*.

§ 1. — Le principe d'effectivité et la pratique générale.

Les précédents constitutifs du premier élément de la coutume sont de simples faits. Le droit international positif n'exige pas qu'ils révèlent une volonté implicite des sujets de droit. C'est, au contraire, le principe d'effectivité qui conditionne leur formation.

Nous l'établirons en étudiant les principales règles juridiques relatives à la réalisation d'une pratique coutumière, c'est-à-dire :

1° les règles relatives à l'origine des précédents ;

2° la signification juridique du silence ou de l'abstention à l'occasion de la formation d'une pratique générale ;

3° le principe de l'opposabilité d'une coutume générale aux nouveaux Etats.

A. — L'origine des précédents.

Les précédents doivent naître non pas d'une manière abstraite et spéculative, mais dans des conditions concrètes.

Ils émanent normalement des personnes qui ont compétence pour agir dans l'ordre international.

Mais cette affirmation doit être précisée.

Doit-on considérer que seuls les Etats et les organisations internationales sont susceptibles de participer à la formation d'une pratique générale, ou bien les simples particuliers (dans la mesure où leurs actes affectent les relations internationales et ont effet dans l'ordre international) le peuvent-ils aussi ? Par ailleurs, les organes étatiques compétents pour élaborer des précédents sont-ils exclusivement les organes qualifiés pour engager internationalement l'Etat ? (6).

Ces questions sont capitales : suivant les réponses qui leur seront apportées, le rôle de la volonté des Etats dans la formation de la pratique générale, comme source de la normativité des règles coutumières, sera très différent. Le rôle de la volonté des Etats serait essentiel s'il était établi que seuls les organes qualifiés pour engager l'Etat internationalement sont susceptibles de contribuer à la formation de la pratique générale ; au contraire, ce rôle sera limité s'il apparaît que des actes émanant de simples particuliers et de tous les organes de l'Etat (même des organes internes dépourvus de compétences internationales) peuvent contribuer à la formation d'une coutume.

L'étude de l'origine des précédents coutumiers en droit positif révèle, malgré certaines incertitudes, le rôle réduit de la volonté des Etats dans ce domaine.

1° La détermination des sujets de droit compétents pour participer à la formation de la pratique générale a soulevé des hésitations : les précédents émanent normalement des sujets du droit international, c'est-à-dire des Etats et des organisations internationales. Mais les simples particuliers peuvent-ils participer à la formation d'une coutume internationale ?

Certains auteurs, considérant que l'individu n'est pas un sujet du droit international, ont soutenu qu'il ne pouvait pas participer à l'élaboration des précédents : telle est notamment l'opinion des auteurs de l'école volontariste.

D'autres auteurs adoptent sur ce point une attitude plus nuancée. M. Reuter admet par exemple que « les précédents ne peuvent émaner des particuliers que dans la mesure où ils sont l'objet direct d'une règle internationale » (7). M. de Visscher admet également

(6) Ce problème d'ordre organique ne se pose pas dans les mêmes termes pour les organisations internationales ; elles peuvent contribuer, comme tout sujet de droit international, à la création d'une coutume ; un problème se pose cependant à leur propos : celui de la détermination de l'organe qualifié pour exprimer la volonté juridique de l'organisation à propos d'une situation déterminée ; ce problème, quelquefois délicat, doit être résolu à propos de chaque organisation.

(7) Reuter, *Droit International, op. cit.*, p. 36.

que « Toute coutume internationale est l'œuvre du pouvoir. Elle procède de pratiques auxquelles les individus restent étrangers, ceux-ci ne percevant même pas clairement les liens qui les rattachent aux intérêts sociaux qu'elles sont destinées à servir. Il n'y a pas de droit coutumier à la formation duquel les individus prennent une part *aussi minime* que la coutume internationale » (8).

D'autres auteurs enfin soutiennent résolument que les particuliers peuvent participer à la formation de coutumes internationales. G. Scelle écrivait par exemple : « Tout sujet de droit dans une collectivité quelconque et notamment le simple particulier, a compétence pour élaborer la règle coutumière ; celle-ci est engendrée par le comportement effectif des individus, lorsque ces derniers peuvent prendre en main la défense de leurs intérêts internationaux » (9).

La Cour Permanente de Justice Internationale semble avoir confirmé ce point de vue dans certaines décisions : par exemple, dans l'arrêt n° 8, de 1928, dit des Usines de Chorzow ; la Cour a déclaré que « les coutumes régissant les rapports entre particuliers, ressortissants d'Etat différents, ont le caractère d'un vrai droit international » (10).

Dans la mesure sans cesse plus grande, semble-t-il, où les individus sont amenés à exercer des compétences juridiques dans l'ordre international, cette solution paraît la mieux fondée et la plus conforme au droit positif.

Dans le domaine économique en particulier, les personnes privées sont appelées à jouer un rôle international important et à contribuer par là à la formation de véritables règles coutumières internationales.

C'est ainsi, par exemple, que les pratiques bancaires établies par des particuliers peuvent donner naissance à des règles coutumières de l'ordre international (11).

Les actes de particuliers opposés à des Etats dans des arbitrages internationaux peuvent également contribuer à la formation de pratiques coutumières.

On peut donc affirmer que, dans certains domaines au moins, les particuliers peuvent participer à la formation de précédents générateurs de règles coutumières.

(8) De Visscher, *Théorie et Réalités, op. cit.*, p. 189.

(9) G. Scelle, *Précis, op. cit.*, t. II, p. 306. Dans le même sens, cf. notamment Kopelmanas, *Essai sur les sources formelles..., op. cit.*, R.D.I. 1938, p. 116.

(10) Kopelmanas, *Custom, op. cit.*, p. 150.

(11) Cf. J. Hamel, *Les formes internationales des crédits bancaires*, R.C. D.I. 1935, vol. 51, p. 205.

2° Mais les Etats jouent évidemment dans la formation de la pratique générale génératrice de la coutume le rôle prépondérant. Encore faut-il déterminer la nature des organes étatiques susceptibles de réaliser des précédents et de participer à la formation d'une coutume (12).

L'étude de cette question très controversée confirme que la volonté de l'Etat a un rôle très réduit comme source de normativité dans la constitution de la pratique générale génératrice de coutume internationale.

a) Certains auteurs soutiennent en effet que seuls les organes qualifiés pour engager internationalement l'Etat, c'est-à-dire principalement les chefs d'Etats, les ministres des Affaires étrangères et leurs services sont compétents pour contribuer à la formation d'une coutume internationale.

Telle est notamment l'opinion de Anzilotti (13), Séfériades (14), Oppenheim (15), Strupp (16), Mateesco (17).

Cette opinion repose sur des arguments tirés du droit positif.

Il est en effet bien établi que de nombreuses règles coutumières sont formées par la répétition d'actes juridiques ou matériels émanant des organes compétents pour engager internationalement l'Etat. C'est le cas notamment des traités qui constituent souvent les éléments de cette pratique ; un certain nombre de traités particuliers ou généraux contenant des clauses identiques peuvent constituer un élément important de formation d'une règle coutumière.

Les clauses types sont en effet des actes juridiques dont la preuve peut être aisément apportée, et qui permettent d'établir l'existence d'une pratique générale. Ces clauses paraissent, de plus, traduire une conviction juridique répandue (18).

(12) Le même problème se pose à propos des organisations internationales : de quels organes peuvent émaner les actes susceptibles de constituer des précédents coutumiers ? Nous n'étudierons pas cette question en détail ; notons simplement que l'hypothèse des organisations internationales ne contredit pas, semble-t-il, notre position.

(13) Cours de droit international précité, p. 73.

(14) Aperçus sur la coutume..., précité, pp. 132, 145 et 176.

(15) International law, 5e éd., *by* LAUTERPACH, London, t. I et II, 1935-1937, p. 24.

(16) Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I. 1934.I, t. 47, pp. 263 à 593 et ici p. 303 et s.

(17) MATEESCO Nicolas, *La coutume, source de droit international*, thèse, Paris, 1947-4, *op. cit.*, et ici p. 256.

(18) Ce processus doit être distingué de celui de la « codification des coutumes » ; il ne s'agit pas ici des traités qui ont pour but d'énoncer le droit existant en le précisant, pour en assurer l'acceptation et en affermir l'autorité.

La codification internationale n'est d'ailleurs jamais une simple déclaration de règles soi-disant existantes ; elle vise toujours à substituer à des pra-

Le droit international offre ainsi de nombreux exemples de coutumes constituées à partir d'une pratique conventionnelle très répandue.

On peut citer par exemple les dispositions insérées dans les conventions consulaires (19), dans les traités d'arbitrage, dans les conventions relatives aux conventions maritimes, dans les traités d'extradition.

La reproduction de clauses de style dans de nombreux traités bilatéraux ou multilatéraux montre que les clauses répondent à des considérations de principe et non pas seulement à des considérations individuelles ou contingentes. A ce titre, elles peuvent donner naissance à un droit coutumier.

Les juridictions internationales invoquent fréquemment l'existence de clauses de style pour établir l'existence d'une coutume. On peut signaler, par exemple, que la Cour Permanente de Justice Internationale a estimé que la règle de l'unanimité dans l'élaboration des traités multilatéraux est une règle coutumière du fait de sa conformité à la tradition constante de toutes les réunions ou conférences diplomatiques (20).

De même, dans l'affaire du Wimbledon, l'Allemagne prétendait interdire le passage dans le canal de Kiel à un navire de contrebande de guerre à destination de la Pologne, alors en guerre avec l'U.R.S.S. (l'Allemagne ayant déclaré sa neutralité dans ce conflit) ; la Cour a condamné l'attitude allemande en se fondant non pas sur la stipulation du Traité de Versailles, relative à la libre circulation dans le canal de Kiel, mais en affirmant que l'Allemagne violait une coutume internationale constante relative à la libre circulation sur les voies d'eau internationales, établie par de nombreuses conventions relatives à la circulation maritime et notamment par les conventions de Suez et Panama (21).

tiques plus ou moins divergentes une certaine unité dans l'interprétation et l'application du droit. Ce processus doit également être distingué du problème de l'effet des traités à l'égard des tiers : les traités qui contribuent à la formation des coutumes n'ont pas, à proprement parler, d'effets juridiques directement opposables aux tiers ; ils contribuent seulement à dégager et à préciser une pratique générale qui deviendra une règle juridique coutumière à la condition d'être accompagnée de *l'opinio juris sive necessitatis.*

(19) Les règles coutumières relatives aux relations consulaires ont fait l'objet de travaux de codification de la part de commission de Droit International de l'O.N.U. Il est possible et souhaitable qu'une convention internationale soit réunie dans le but de fixer en un accord multilatéral l'ensemble de ces règles ; le succès de la conférence de Vienne sur les relations diplomatiques facilitera cette entreprise (cf. sur ce point, C.A. Colliard, *La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques,* A.F.D.I. 1961, p. 3 et s.).

(20) Série B, n° 12, p. 13.

(21) Les conventions établissent, selon les termes même de l'arrêt que « l'usage des grandes voies d'eau internationales, soit par des navires de guerre

A l'occasion de l'affaire des chemins de fer Panevezys-Saldutiskis, le juge Erich a déclaré dans son opinion individuelle : « La règle de droit concernant l'épuisement des voies de recours internes est généralement reconnue comme règle coutumière. Elle trouve son expression dans un nombre considérable de traités bilatéraux, ainsi que dans une formule générale de l'acte général de 1928 » (22).

Mais si le droit international prend souvent en considération dans la formation des coutumes les actes des organes susceptibles d'engager internationalement l'Etat, il tient également compte des actes posés par les autres organes étatiques.

b) Mais la plupart des auteurs estiment que l'activité des organes étatiques internes est, elle aussi, susceptible de contribuer à la formation des coutumes (23).

Les Cours de Justice Internationale n'ont pas examiné directement ce problème ; elles font le plus souvent mention de la pratique des Etats, sans rechercher quels organes ont posé les actes constitutifs de cette pratique. Les juridictions internationales n'ont pas cherché à établir le lien pourtant essentiel entre la compétence des organes internes pour appliquer le droit international, et leur qualité pour poser des actes créateurs de coutume internationale. La seule condition requise relativement à l'origine du précédent devrait être qu'il émane d'un organe appelé par ses fonctions à appliquer la règle en question. Les juridictions internationales n'ont pas clairement posé ce principe ; elles n'ont pas non plus établi de lien entre l'aptitude d'un organe étatique à poser des précédents et sa qualité pour engager l'Etat internationalement (24). A vrai dire, de nombreux actes juridiques relatifs aux rapports internationaux sont des actes complexes, à procédure ; leur élaboration suscite l'intervention de plusieurs organes, aussi bien des organes à compétences purement internes (le Parlement par exemple) que des organes compétents pour intervenir dans les relations internationales.

belligérants, soit par des navires de commerce, belligérants ou neutres, chargés de contrebande de guerre, ne doit pas être considérée comme incompatible avec la neutralité de l'Etat riverain ». Série A, n° 1, p. 25.

(22) Série A/B, n° 76, pp. 51-52.

(23) Cf. en ce sens, par exemple : KELSEN, *Droit coutumier*, *op. cit.*, p. 267 ; de VISSCHER, *Codification*, *op. cit.*, p. 354 ; KOPELMANAS, *Custom*, *op. cit.*, pp. 147-148 ; ROSS, *Sources*, *op. cit.*, p. 104 ; GIANI, *Coutum*, *op. cit.*, pp. 121 et 128 ; LAUTERPACHT, *Règles générales*, *op. cit.*, pp. 160 à 163 ; BASDEVANT, *Règles générales*, *op. cit.*, p. 510 ; ALVAREZ, *Codification*, *op. cit.*, article 13.

(24) Cette attitude est d'autant plus remarquable que le droit international reconnaît pourtant la compétence exclusive de l'Etat dans la détermination de ses organes compétents pour l'engager internationalement.

L'activité de droit interne est complémentaire de l'activité inter-étatique : elle permet d'établir l'existence d'une ligne de conduite adoptée par les Etats dans l'ordre international, avec le sentiment de la juridicité de cette conduite.

Aussi les décisions des juridictions internes, de même que les lois, décrets, arrêtés ou ordonnances rendus ou pris en des matières qui relèvent directement ou indirectement du droit international, peuvent-ils contribuer à la formation de la pratique générale.

En effet, les juridictions internationales tiennent compte des décisions des juridictions internes.

Selon la formule du professeur Basdevant : « La Cour Permanente de Justice Internationale a discuté la portée de certains précédents judiciaires nationaux... sans opposer d'objection de principe à leur prise en considération comme éléments pouvant contribuer à l'établissement de la coutume internationale » (25).

Dans l'affaire des colons allemands de Pologne, la C.P.J.I. a, par exemple, fait mention « de la pratique quasi universelle et relative au respect des droits privés en cas de succession d'Etats » (26).

Dans l'affaire de la Haute-Silésie, la même juridiction a invoqué « les règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers » (27).

Les juridictions internationales se réfèrent souvent à la jurisprudence interne, lorsque celle-ci fournit une solution analogue à celle qu'elles-mêmes préconisent. Par exemple, dans la célèbre affaire du Lotus, la Cour a examiné les jugements des tribunaux internes comme précédents d'une coutume, non sans relever au passage, en ce qui concerne la jurisprudence britannique, que « la conception particulière à la jurisprudence anglaise est loin d'être généralement admise ». Lord Finlay, juge dissident, déclarait dans son opinion individuelle : « Cette décision (celle d'une juridiction britannique) ne lie pas notre Cour mais on doit la considérer comme étant d'un grand poids et l'on ne saurait la négliger en prétendant qu'elle ne traite que d'un point du droit interne anglais ».

Dans ses deux arrêts du 12 juillet 1919 relatifs aux emprunts serbes et brésiliens, la Cour s'est également expressément référée à la jurisprudence française, comme élément constitutif d'une pratique coutumière internationale (28).

(25) *Règles générales, op. cit.*, p. 510.
(26) Série B, n° 6, p. 36.
(27) Série A, n° 7, p. 22.
(28) Série A/B, n° 34, p. 47 et n° 35, p. 125.

De même, les juridictions internationales retiennent souvent la conformité des législations internes pour en déduire, non seulement l'existence de principes généraux du droit (29), mais encore celle de véritables règles coutumières.

Certains auteurs ont insisté, à juste titre nous semble-t-il, sur le rôle du législateur national dans l'élaboration des règles du droit international (30).

Certes, comme l'a affirmé la Cour Permanente de Justice Internationale, les lois nationales ne sont pas de « simples faits » au regard du droit international (31).

Mais, comme tels, elles peuvent contribuer à la formation d'une pratique coutumière.

Les tribunaux nationaux des prises maritimes se réfèrent très fréquemment aux législations nationales pour y voir les éléments d'une règle coutumière internationale, lorsque leur parallélisme est suffisamment net (32).

C'est cette règle que formulait la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt rendu à propos de l'affaire du Scotic en 1871 : « Bien des usages qui existent, et qui ont force de loi, doivent leur origine sans doute aux prescriptions d'un seul Etat et avaient au premier abord une application limitée ; mais ils sont devenus des obligations universelles... Ceci n'a pas pour effet de donner une juridiction extra-territoriale aux lois particulières d'un seul Etat. Ce n'est pas les traiter comme faisant partie du droit maritime général, mais simplement reconnaître le fait historique que ces règles sont devenues des règles générales » (33).

Selon la formule retenue par la Cour Permanente d'Arbitrage dans l'affaire des boutres de Mascate « lorsque les lois nationales consacrent dans les Etats civilisés les mêmes principes et qu'elles ont été inspirées par les mêmes convictions juridiques, relatives aux exigences de la vie internationale, qu'elles ont en quelque sorte obtenu une reconnaissance internationale », on peut voir en elles l'expression d'un droit international coutumier (34).

(29) Sur les rapports entre droit coutumier et principes généraux du droit, cf. Ago, *Droit positif et droit international, op. cit.*, note 89 et références citées.

(30) G. Scelle, *Précis*, t. II, pp. 320-328. *Essai sur les sources formelles du droit international*, Recueil Gény, 1934.III, p. 418 et s.

(31) C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926 concernant certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, série A/B, n° 18, p. 19.

(32) Dans la mesure où ces juridictions appliquent les règles du droit international, ce qui est fort discuté. Cf. pour des exemples, Rousseau, *Principes, op. cit.*, p. 851.

(33) Hudson, *Cases, op. cit.*, p. 708.

(34) Cf. C.P.A. Sentence du 8 août 1905, R.G.D.I.P. 1906, doc. p. 5, *in fine*.

C'est ainsi que, pour l'établissement des règles relatives à la délimitation des eaux territoriales, par exemple, ou à l'exercice de la juridiction de l'Etat en dehors de ses limites territoriales, c'est l'uniformité des législations internes qui a guidé la Cour dans sa recherche de la règle coutumière internationale.

Les actes des organes internes sont donc retenus comme susceptibles de contribuer à la formation de la pratique coutumière. Et ces actes ne sont pas pris en considération pour leur valeur normative dans l'ordre international (ils n'ont, en effet, aucune valeur normative internationale, n'étant, selon une expression souvent employée, que de « simples faits » au regard du droit international), mais, pour leur effectivité, qui contribue à fonder l'effectivité de la coutume elle-même.

En conclusion, il est possible d'affirmer, nous semble-t-il, que le droit international ne tient aucun compte de l'origine des précédents constitutifs de la pratique générale coutumière. Certes, les actes émanant des organes étatiques compétents pour engager internationalement l'Etat ont dans ce domaine une importance particulière. Mais il est établi que les actes des simples particuliers, les décisions des juridictions internes ou la législation et la réglementation nationales peuvent constituer des précédents valables au regard du droit international.

C'est donc uniquement l'effectivité d'une certaine pratique que le droit international prend en considération pour la formation des règles coutumières. La volonté des Etats n'a pas, dans ce domaine, un rôle normatif exclusif. Peu importe, en effet, que cette volonté ne se soit pas manifestée par le canal d'un organe susceptible d'engager l'Etat dans l'ordre international. La volonté des Etats exprimée dans une forme juridique n'est donc pas nécessaire pour la formation d'une pratique coutumière (35). A la base de la formation de la coutume se trouvent de simples faits, des comportements très divers quant à leurs auteurs et à leur forme.

Dans l'élaboration des règles coutumières, l'effectivité est directement intégrée à la norme juridique.

Cette première conclusion est confirmée par l'étude de la signification du silence ou de l'abstention dans la formation de la pratique générale.

(35) Un autre problème est celui de savoir si la volonté de l'Etat, qui n'est pas nécessaire pour la formation de la pratique coutumière, comme nous venons de l'établir, doit ratifier, reconnaître cette pratique ; nous l'examinerons plus loin en étudiant le deuxième élément de la coutume, *l'opinio juris sive necessitatis*.

B. — La signification du silence ou de l'abstention.

L'étude de la signification du silence ou de l'abstention des Etats dans la formation des règles coutumières met en relief le rôle tenu par l'effectivité dans ce phénomène juridique ; cette étude révèle que la volonté des Etats n'est pas prépondérante dans ce mode de formation du droit ; c'est, au contraire, l'effectivité de la modification apportée à l'ordre juridique par la naissance et la consolidation dans le temps d'une pratique générale qui joue ici le rôle principal : comme nous l'avons déjà affirmé, l'effectivité s'intègre ici directement dans la règle juridique.

1° Le problème posé par la signification du silence ou de l'abstention d'un Etat à l'égard de la formation d'une règle coutumière est le suivant : une coutume peut s'établir sans la participation active d'un Etat ou sans son assentiment exprès ; cet Etat reste silencieux à l'égard de la règle en question et il ne participe pas à sa formation. Cette règle coutumière est-elle pourtant opposable à l'Etat silencieux ou passif et, dans l'affirmative, quel est le fondement de cette opposabilité, quelle est la signification juridique du silence ou de l'abstention de l'Etat ?

Avant de répondre à cette question, il convient de définir plus strictement l'hypothèse envisagée. Il faut distinguer le silence et l'abstention de l'Etat à l'égard d'une pratique générale constitutive de coutume.

Le silence de l'Etat, à l'occasion de la formation ou de l'application d'une règle coutumière, consiste en ce que l'Etat ne reconnaît pas expressément cette règle mais ne manifeste pas non plus explicitement d'opposition à son égard. Le silence correspond à une absence de prise de position formelle vis-à-vis de la règle juridique en question.

L'abstention est le prolongement de cette attitude. L'Etat qui s'abstient ne participe pas positivement à la formation de la pratique coutumière, mais il ne contribue pas non plus à l'établissement d'une pratique contraire : il reste passif devant la pratique en question.

Mais les deux attitudes peuvent en pratique ne pas exister simultanément. L'attitude effective d'un Etat peut parfaitement ne pas correspondre à la position qu'il affirme. Un Etat peut, par exemple, protester contre la formation d'une coutume, d'une manière purement verbale, totalement ineffective, sans participer à la formation d'une pratique contraire ou différente. A l'inverse, un Etat qui n'élève aucune protestation contre une règle coutumière peut parfaitement ne pas s'abstenir à son égard, soit en participant à sa

formation et à son application, soit, au contraire, en manifestant par son comportement qu'il ne tient pas la règle en question pour une règle juridique.

Il n'est pas surprenant dans ces conditions que la signification juridique de l'attitude de l'Etat silencieux ou passif soit très controversée. Les situations concrètes dans lesquelles se manifeste cette attitude sont d'ailleurs très diverses : elles appellent des solutions nuancées.

Un problème général se pose pourtant à propos de la signification du silence ou de l'abstention de l'Etat.

Cette attitude doit-elle être considérée comme un mode d'expression de la volonté de l'Etat, doit-elle être interprétée comme étant significative d'une certaine prise de position de l'Etat à l'égard de la règle en question et, dans l'affirmative, quelle est la volonté exprimée par le silence ou l'abstention ? Doit-on, au contraire, abandonnant toute référence à la volonté de l'Etat, voir dans le silence ou l'abstention *un simple fait*, générateur de certains effets juridiques ?

Le droit positif ne fournit pas à cette question une réponse très tranchée.

2° Le problème de la signification juridique du silence ou de l'abstention a d'ailleurs été posé dans de nombreux domaines du droit positif ; il s'agit d'un problème général du droit international qui dépasse le cadre limité de la formation des règles coutumières.

Il faut d'abord mettre à part les cas très nombreux où le silence (ou l'abstention) peuvent avoir une influence sur l'acquisition ou la perte de droits subjectifs : le problème, lié à celui de la prescription, a donné lieu à des décisions judiciaires ou à des sentences arbitrales ; la plus célèbre est la sentence rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage, présidée par Max Huber, dans l'affaire des îles de Palmas (36). L'île de Palmas, située aux limites des archipels des Philippines et des Moluques, était occupée effectivement sans interruption par les Pays-Bas depuis 1825. Mais cette île était revendiquée par les Etats-Unis qui invoquaient le fait qu'elle avait été comprise dans le texte du Traité de Paris du 10 décembre 1898, article 3, par lequel l'Espagne avait cédé les Philippines aux Etats-Unis. Or ce traité avait été notifié aux Pays-Bas, le 3 février 1899, et cet Etat n'y avait soulevé aucune objection. Le silence valait-il reconnaissance de la part des Pays-Bas de la prétention des Etats-Unis ? La solution posée par l'éminent arbitre tient compte de la nature des droits mis en cause ; le

(36) Arrêt du 4 novembre 1928, Recueil, II.843.

silence fait présumer l'acceptation de l'attitude d'un Etat tiers, lorsque celle-ci met en cause un droit imparfait (c'est-à-dire ineffectif) de l'Etat silencieux. Au contraire, la Cour a considéré que « il serait entièrement contraire aux principes de la souveraineté territoriale de supposer que cette souveraineté puisse être affectée par le simple silence du souverain territorial à un traité qui lui a été notifié et qui semble disposer d'une partie de son territoire ».

Cette solution ne saurait évidemment être directement transposée au problème très différent qui nous retient. Elle est cependant importante en ce qu'elle souligne que « la question de savoir si le silence d'une tierce puissance (au sujet d'une modification apportée par un Etat à l'ordre antérieur) doit être interprété comme une acceptation, dépend de la nature des droits en cause ».

La même constatation peut être faite au sujet de l'interprétation du silence ou de l'abstention d'un Etat à l'égard d'une règle coutumière.

Le droit positif fournit en effet, dans ce domaine, un certain nombre d'indications qui sont d'ailleurs nuancées et difficiles à interpréter.

Le silence ou l'abstention sont quelquefois considérés comme valant une acceptation tacite de l'Etat à l'égard de la pratique coutumière invoquée.

Telle est l'opinion adoptée par la Cour Internationale de Justice dans son avis n° 14, rendu le 8 décembre 1927, sur la commission européenne du Danube. Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur la validité de la compétence de cette commission entre Galatzi et Braïla, validité contestée par la Roumanie. La Cour, invoquant l'existence d'une pratique coutumière, a estimé que cette pratique était opposable à la Roumanie dont le silence devait être interprété comme une acceptation. Elle a déclaré notamment : « à cette pratique, les délégués roumains ont tacitement acquiescé, en ce sens qu'un *modus vivendi* était observé de part et d'autre suivant lequel l'action de la commission européenne s'étendait en fait et en toutes matières jusqu'à l'amont de Braïla » (37).

Mais, dans d'autres hypothèses, le silence ou l'abstention ont été interprétés de manière plus nuancée.

Dans la célèbre affaire du *Lotus*, la Cour Permanente de Justice Internationale devait examiner dans quelle mesure un acte négatif (une abstention) avait pu constituer un précédent, reconnaissant une obligation de s'abstenir. Les faits de l'affaire sont bien connus. Le

(37) Série, B, n° 14, p. 17.

Lotus, navire français, avait, à la suite d'un abordage en haute-mer, envoyé par le fond un navire turc dont certains membres de l'équipage avaient disparu. Le *Lotus* ayant abordé à Constantinople après cet accident, les autorités turques se saisirent de l'officier français responsable de la navigation au moment de l'abordage, et le poursuivirent pénalement. La Cour fut saisie par un compromis : la Turquie avait-elle le droit d'exercer sa juridiction pénale à l'égard de cet officier ? Parmi les problèmes juridiques posés, celui de l'existence d'une règle coutumière invoquée par le gouvernement français, selon laquelle un Etat ne saurait étendre sa juridiction répressive à des faits d'abordage en haute mer à l'égard de navires ne battant pas son pavillon, était un des plus importants : la thèse française reposait notamment sur le fait que de nombreux Etats s'abstiennent, dans des ciconstances analogues, de procéder à des poursuites pénales.

La question posée était de savoir si cette abstention pouvait être invoquée au titre de précédent.

Tout en admettant que l'abstention est susceptible de constituer un élément de la coutume, la Cour ne lui a reconnu ce rôle que « si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir » (38). La Cour a estimé qu'en l'espèce cette condition n'était pas remplie (d'autant plus que les Etats dont émanaient les précédents d'abstention s'étaient également abstenus de protester devant les poursuites pénales entamées par des Etats étrangers dans des hypothèses analogues).

Cet arrêt n'est pas très probant sur la signification à accorder à l'abstention dans la formation de la coutume ; il semble, en effet, indiquer que l'abstention doit être interprétée comme une manifestation de la volonté de l'Etat et qu'elle n'a pas nécessairement la portée juridique d'un assentiment : marqué par les conceptions volontaristes de certains membres de la Cour, cet arrêt ne résout pas définitivement le problème que nous étudions.

Dans l'affaire Haya de la Torre, la Cour Internationale de Justice a également abordé ce problème (39). Haya de la Torre, homme politique péruvien, s'était réfugié, à la suite de troubles politiques dans son pays, dans les locaux de l'ambassade de Colombie au Pérou. Les deux Etats saisirent la Cour Internationale de Justice d'un certain nombre de questions relatives au droit d'asile. La Colombie invoquait une coutume propre à l'Amérique Latine,

(38) Série A, n° 10, p. 28.
(39) C.I.J., 20 novembre 1950 et 13 juin 1951, Recueil 1950, p. 276 et 1951, p. 81.

instituant le droit d'asile en faveur des délinquants politiques, et soutenait que l'Etat de refuge était compétent pour qualifier le délit. Cette coutume, non expressément reconnue par le Pérou, lui était-elle opposable ? La Cour a estimé que le Pérou n'était pas lié par la règle coutumière invoquée.

Mais cette décision ne règle pas directement le problème posé par le silence ou l'abstention. En effet, la Cour a estimé que l'existence d'une coutume régionale relative au droit d'asile n'était pas établie en l'espèce ; et, si la Cour a refusé d'appliquer au Pérou la règle en question, c'est en réalité parce que celle-ci était posée par les conventions de Montevideo de 1933 et 1939, auxquelles le Pérou n'était pas partie. Cet arrêt, qui n'exclut pas en principe la possibilité d'opposer à un Etat une règle coutumière à l'égard de laquelle il est resté passif ou silencieux, ne tranche donc pas la question examinée ici.

Dans l'affaire des Pêcheries anglo-norvégiennes (40), l'Angleterre demandait à la Cour Internationale de Justice de décider si les règles appliquées par la Norvège pour délimiter ses eaux territoriales étaient ou non valables au regard du droit international. La Cour a rejeté la prétention britannique ; elle a estimé que la règle des 10 milles (que la Grande-Bretagne invoquait comme une règle coutumière opposable à la Norvège) n'était pas une règle coutumière universellement admise. Mais la Cour a précisé que : « De toute manière, la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne ». Parallèlement, la Cour a estimé que le système de délimitation employé par la Norvège était opposable à la Grande-Bretagne, en raison de son abstention prolongée. La Cour s'est exprimée dans les termes suivants : « La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la Mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas d'opposer son système au Royaume-Uni » (41).

Cet arrêt n'est donc pas, lui non plus, décisif quant à la signification du silence ou de l'abstention dans l'élaboration des règles coutumières.

L'ambiguïté de ces décisions quant au problème étudié tient à ce que les juridictions internationales évitent habituellement toute

(40) C.I.J. Arrêt du 18 décembre 1951, p. 131.

(41) L'arrêt tranche donc le problème de la signification de l'abstention devant une situation juridique donnée, mais non pas devant une règle coutumière.

construction théorique et toute pétition de principe ; de plus, la diversité des circonstances de fait oblige les juridictions internationales à adopter des solutions nuancées ; enfin, les cours internationales manifestent tout naturellement un attachement très net aux conceptions volontaristes.

La doctrine s'est pourtant efforcée de fournir une solution au problème de la signification du silence ou de l'abstention de l'Etat.

3° Les controverses doctrinales restent d'ailleurs ouvertes.

Il apparaît tout d'abord que la solution habituellement reçue dans les ordres internes quant à la signification juridique du silence, ne saurait être étendue à l'ordre international. Dans les ordres internes, en effet, le silence n'est interprété comme une acceptation tacite que dans les hypothèses expressément prévues par la loi. Dans les autres cas, c'est l'adage « *qui tacet neque negat neque utique facetur* » qui s'applique en général. L'absence de législation cohérente en droit international laisse le problème posé sans solution certaine.

En droit international, c'est le principe de la liberté souveraine des Etats qui sert le plus souvent de point de départ à la réflexion dans ce domaine, car les auteurs ont tendance en général à interpréter le silence ou l'abstention comme une manifestation de la volonté de l'Etat.

Certains auteurs, désireux de respecter en toute circonstance le rôle privilégié de la volonté des Etats dans l'élaboration du droit international, et notamment dans la formation des règles coutumières, soutiennent que seuls des actes — ou des déclarations — positifs peuvent constituer des précédents coutumiers. Gianni, par exemple, écrit que « la répétition d'un fait positif est indispensable pour constituer l'élément matériel d'une coutume » (42).

Anzilotti affirme de même que « toute coutume est par elle-même un acte positif » (43). Selon cette conception, le silence ou l'abstention empêchent la formation de la coutume. Mais le droit international positif contredit nettement cette théorie.

D'autres auteurs adoptent une position plus nuancée ; ils proposent dans ce but une distinction suivant que l'acte devant lequel l'Etat reste silencieux lui a été notifié ou ne l'a pas été.

La notification fournit, en effet, à l'Etat une occasion de manifester sa volonté de reconnaître ou de ne pas reconnaître l'acte (ou la série d'actes) en question. En l'absence de notification, le silence ou l'abstention de l'Etat n'aurait donc pas de signification précise,

(42) *Op. cit.*, p. 126.
(43) *Cours de Droit international*, trad. française, *op. cit.*, Paris, 1929, p 96.

il manifesterait simplement la souveraine liberté de l'Etat de manifester ou de ne pas manifester sa volonté.

Au contraire, en présence d'une notification, le silence vaudrait acceptation tacite de la modification apportée à l'ordre international par l'acte notifié : c'est ce que résume l'adage souvent invoqué « *qui tacet consentire videtur dum loqui ac debuit* » : lorsque l'Etat aurait dû ou aurait pu parler pour éviter certaines conséquences juridiques, son silence vaut acceptation. Dans ce cas, la coutume fondée sur une répétition d'actes qui ont fait l'objet de notification serait opposable à l'Etat silencieux. Cavaglieri écrit en ce sens : « Le silence aura la valeur juridique d'un consentement lorsque l'Etat qui l'observe aurait pu ou dû parler pour éviter certaines conséquences juridiques » (44).

Plus subtilement, les auteurs distinguent alors les hypothèses dans lesquelles la notification (d'un acte ou d'une situation) est obligatoire, selon les règles du droit international, et celles dans lesquelles elle est facultative.

Si l'Etat auquel est adressé une notification rendue obligatoire par le droit international, garde le silence, son attitude doit être dans tous les cas interprétée comme l'abandon de sa part de toute prétention contraire (45). Le silence est alors envisagé dans une optique purement procédurale : il est assimilé au défaut de comparaître ou au défaut de conclure.

Dans le cas où la notification opérée serait seulement facultative, le silence aurait l'effet plus modéré de créer à la charge de l'Etat qui a gardé le silence une présomption de reconnaissance, d'abandon de prétentions contraires, sur laquelle l'Etat notifiant avait le droit de compter (et, dans ce cas, l'Etat qui s'est abstenu aurait, si une contestation s'élevait, à faire la preuve que son silence revêtait en réalité une autre signification).

D'autres auteurs, quittant ce plan formel, s'efforcent de donner au silence une signification différente suivant la nature de l'événement auquel il s'applique.

Si le silence traduit une absence de réactions de l'Etat à l'occasion d'une atteinte portée à l'exercice de ses compétences, le silence

(44) Cavaglieri, *Règles générales, op. cit.*, p. 513. Ainsi, le silence n'aurait pas la valeur d'un consentement si l'acte générateur de conséquences juridiques à l'égard de l'Etat silencieux lui est demeuré inconnu (hypothèse à vrai dire très théorique dans l'état actuel des relations internationales).

(45) Cavaglieri, *Règles générales, op. cit.*, p. 512, propose comme exemple de cette hypothèse l'article 34 de l'acte colonial de Berlin de 1885 qui imposait à l'avenir la notification de toute occupation ou tout établissement d'un protectorat sur les côtes d'Afrique aux autres puissances signataires « afin de les mettre à même de faire valoir s'il y a lieu leurs réclamations ».

peut être invoqué contre l'Etat. De même, si le silence accompagne une dérogation, non pas aux compétences de l'Etat passif, mais à une règle générale prohibitive ou restrictive, le silence doit être interprété comme une acceptation de l'Etat à cette dérogation. Dans ce cas, en effet, l'Etat sera présumé avoir consenti à la modification apportée à l'ordre juridique : le silence est fictivement interprété comme une manifestation de volonté — ou bien, selon une autre explication, on doit considérer, dans ce cas, que le silence permet la formation de la règle coutumière, dans le but de garantir l'ordre et la stabilité internationale (46). On invoque ici l'adage « *qui tacet consentire videtur* ». Si, au contraire, le silence manifeste seulement la liberté dans laquelle se trouve un Etat de réagir ou de ne pas réagir à tel ou tel événement survenu dans l'ordre international, ce silence ne revêt *a priori* aucune signification particulière : manifestation de la liberté de l'Etat, il ne contribue pas à la formation de la coutume, mais il ne l'empêche pas non plus.

Toutes ces subtilités doctrinales, si elles ont le mérite de révéler la complexité du problème étudié, ne nous paraissent pas convaincantes.

Certes, le silence ou l'abstention d'un Etat ne revêtent pas une signification uniforme dans le processus de formation de la coutume : les circonstances de fait doivent chaque fois être prises en considération, car l'argument du silence n'est jamais invoqué seul. Il se combine à d'autres arguments ou il s'oppose à d'autres titres : la réalité internationale se ramène difficilement à des principes simplistes.

On peut cependant affirmer, à partir du droit positif, que le silence ou l'abstention peuvent être considérés comme des éléments constitutifs d'une coutume : ils peuvent être invoqués à l'encontre de l'Etat qui en est l'auteur.

Mais il est vain de recourir avec certains auteurs à l'explication fictive selon laquelle le silence de l'Etat, ou son abstention, manifestent son consentement. Les effets du silence ou de l'abstention se comprennent mieux si on ne s'efforce pas de les rattacher, plus ou moins fictivement, à la volonté de l'Etat. En réalité, ce sont des actes positifs, effectifs, qui sont générateurs d'une pratique générale coutumière. L'omission, le silence, révèlent en effet nécessairement quelque acte positif sans lequel ils n'auraient eux-mêmes aucun sens. Si le silence ou l'abstention d'un Etat jouent un rôle dans

(46) Cf. par exemple J. BASDEVANT, *Plaidoirie dans l'affaire du Lotus.* SÉFÉRIADES, *Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement,* Paris, Pedone 1936. G. SCELLE, *Précis,* t. IV, *op. cit.,* p. 309.

la formation de la coutume, c'est parce que l'Etat qui se tait ou s'abstient renonce à donner naissance à une effectivité contraire à celle des modifications effectives apportées à l'ordre juridique auxquelles il est affronté.

La passivité de l'Etat n'a de signification et d'effets juridiques que dans la mesure où elle correspond à une absence de réactions devant la naissance et le développement d'une situation ou d'une pratique effective qui peut ainsi produire tous ses effets.

Par exemple, une coutume qui crée un droit de passage inoffensif des navires de guerre étrangers dans les eaux territoriales d'un Etat, est formée par le passage effectivement entrepris dans ces eaux territoriales ; l'abstention de l'Etat riverain de prévenir ou d'empêcher ce passage a simplement pour effet de permettre à l'effectivité de cette pratique de se développer, ce qui permettra, à la longue, si une règle coutumière prend naissance, d'opposer à cet Etat la pratique en question.

C'est pourquoi l'assentiment exprès d'un Etat à la formation d'une coutume n'est pas requis par le droit international pour que cette coutume lui soit opposable ; certes, le silence de l'Etat, son abstention, ne contribuent pas à l'effectivité de la coutume, à la formation de la pratique générale ; mais ils ne contribuent pas non plus à la formation d'une situation ou d'une pratique effective qui s'opposerait à la règle nouvelle : celle-ci se forme donc et peut être en raison de son effectivité, imposée à l'Etat passif. Les coutumes établies s'appliquent ainsi aux Etats qui sont restés silencieux à leur égard ou qui se sont abstenus de participer à leur formation.

En conclusion, il est possible d'affirmer qu'en se taisant ou s'abstenant, un Etat renonce à donner naissance à une pratique effective, contraire à celle qui lui est opposée ; c'est pourquoi, à notre avis, cette pratique effective peut être invoquée contre lui.

La signification du silence ou de l'abstention ne doit donc pas être recherchée dans la *volonté de l'Etat* ; le silence ou l'abstention n'ont pas de signification certaine, ils sont seulement, par définition même, ineffectifs, incapables d'empêcher la formation d'une coutume elle-même effective.

Ainsi apparaît l'effacement du caractère normatif de la volonté des Etats dans la coutume, tandis que le rôle de l'effectivité est mis en évidence. L'étude de l'application des coutumes aux nouveaux Etats conduit à la même conclusion.

C. — L'opposabilité des coutumes générales aux nouveaux Etats.

Le droit international admet en principe qu'une coutume générale peut s'appliquer aux nouveaux Etats qui n'ont pas participé à

sa formation. Mais, avant de rechercher l'explication de l'opposabilité des coutumes générales aux nouveaux Etats, il est nécessaire de définir avec précision la notion de coutume générale.

1° *Définition de la coutume générale.*

On oppose habituellement les coutumes générales, ou universelles, aux coutumes particulières, ou régionales.

Le droit positif, approuvé par de nombreux auteurs, admet l'existence de coutumes régionales ou locales.

Gianni explique ce phénomène en écrivant : « Il faut tenir compte que certaines circonstances, qui peuvent se présenter dans les relations d'un groupe d'Etats déterminés, peuvent manquer totalement si nous changeons de groupe ou de continent » (47). De même, le professeur Sorensen affirme qu'« une pratique qui n'atteint pas la mesure nécessaire de généralité n'est pas dépourvue d'intérêt pour la création d'une coutume particulière entre les Etats qui la suivent » (48).

La jurisprudence internationale a admis, à de nombreuses reprises, la possibilité d'existence d'une coutume internationale locale ou régionale (49). Récemment, dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, la Cour Internationale de Justice a déclaré (50) : « On voit difficilement pourquoi le nombre des Etats entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux Etats, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux Etats. »

De ces coutumes régionales ou locales, il convient de distinguer les coutumes générales, universelles, qui ne sont pas limitées à quelques Etats déterminés.

Ceci étant précisé, il convient d'expliquer pourquoi le droit positif admet qu'une coutume générale, préexistante à la formation d'un Etat, est opposable à celui-ci.

(47) GIANNI, *La coutume, op. cit.*, p. 122. Dans le même sens, HAEMERLE, *La coutume en droit des gens d'après la jurisprudence de la C.P.J.I.*, Paris, 1936. Dès 1910, ALVAREZ se préoccupait « du droit continental américain » ; cette notion fut à cette époque rejetée par la plus grande partie de la doctrine.

(48) SORENSSEN, *Les sources, op. cit.*, p. 104.

(49) Cf. notamment *affaire Haya de la Torre*, C.I.J., 20 novembre 1950 et 30 juin 1951 ; Rec. 1950, p. 276 et 1951, p. 81. *Affaire des Pêcheries*, C.I.J., 18 décembre 1951, Rec. p. 116. *Affaire des ressortissants des Etats-Unis au Maroc*, C.I.J. Recueil 1952, p. 200.

(50) Arrêt du 12 avril 1960, fond.

2° *La coutume générale et les nouveaux Etats.*

Le principe de l'opposabilité des coutumes générales est généralement admis en droit positif. Certes, ce principe est souvent critiqué. La doctrine soviétique, par exemple, rejette cette règle, en affirmant que les coutumes ne sont qu'un reflet ou un voile des pressions politiques exercées par les puissances impérialistes sur les Etats faibles : un Etat ne saurait donc être lié, dès sa naissance, par le droit international coutumier préexistant.

Mais le droit positif n'admet pas cette opinion.

L'apparition récente dans l'ordre international d'un nombre élevé de nouveaux Etats, donne à la règle de l'opposabilité des coutumes aux nouveaux Etats et à ses justifications un regain d'actualité.

Deux explications classiques sont proposées par la doctrine pour expliquer cette opposabilité aux nouveaux Etats des coutumes générales.

Les théoriciens volontaristes soutiennent que le nouvel Etat reconnaît tacitement les coutumes préexistantes ; cette acceptation tacite serait même, selon certains auteurs, une condition imposée par le droit international à l'entrée du nouvel Etat dans la société internationale.

Séfériadès écrit, par exemple, que « la reconnaissance du droit international existant (par l'Etat nouveau) est devenue un des éléments même de l'existence d'un Etat faisant partie de la société internationale, au même titre que la population et le territoire » (51).

Cavaglieri soutient un point de vue voisin : « La demande de l'Etat nouveau d'être reconnu et d'avoir avec les autres Etats des rapports qu'il sait réglés d'après leurs convictions communes par le droit général, implique logiquement l'acceptation tacite de ce droit : cette acceptation est donc fondée sur le concours de sa volonté » (52).

Mais ces explications reposent sur de simples fictions, elles ne résistent pas aux critiques qui leur sont adressées.

Bourquin, par exemple, a montré que le nouvel Etat n'aurait pas la possibilité de se soustraire à toutes les coutumes qui existent au moment de sa constitution, même s'il le désirait. Il lui faudrait, en effet, pour cela, conclure avec tous les autres Etats des traités dérogeant à ces coutumes, ce qui serait pratiquement impossible.

(51) Séfériades, *Principes généraux du droit de la paix*, R.C.A.D.I., t. 34, p. 200.

(52) Cavaglieri, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I. 1929, t. I, p. 337.

L'examen de la pratique confirme ce point de vue. De nouveaux Etats utilisent fréquemment leur souveraineté nouvellement acquise pour dénoncer telle ou telle règle coutumière internationale (53). Mais un Etat ne saurait répudier l'ensemble des règles qui régissent la société internationale, ce qui reviendrait pour lui à s'abstenir d'entrer dans la communauté juridique internationale.

Les nouveaux Etats sont donc nécessairement soumis aux coutumes qui leur préexistent, et à l'élaboration desquelles ils n'ont pourtant pas participé.

Basdevant a très bien montré l'insuffisance de la théorie volontariste en évrivant que : « L'Etat nouveau n'est pas soumis aux règles préexistantes par l'effet de sa volonté de s'y soumettre, mais *par le fait* d'entrer dans la communauté internationale... L'acceptation tacite est une simple fiction. La réalité est que les autres Etats ne reconnaissent pas à l'Etat nouveau la faculté d'accepter ou non la règle coutumière ; ils le considèrent comme soumis de plein droit au droit coutumier » (54).

Les partisans de la théorie volontariste s'efforcent de répondre à cette objection en soutenant que la coutume tire, en tout cas, son caractère obligatoire de l'assentiment tacite des communautés humaines qui constituent l'Etat nouveau ; ce sont elles qui se soumettraient, selon cette opinion, au droit coutumier, dès avant la naissance du nouvel Etat.

Cet argument ne paraît pas convaincant, car il repose encore plus nettement que le précédent sur une fiction ; on voit mal, d'ailleurs, quelle pourrait être la valeur juridique du consentement d'une communauté non étatique, dépourvue par conséquent des prérogatives de la personnalité morale.

Les théories objectivistes fournissent, elles aussi, une explication de l'opposabilité des coutumes aux nouveaux Etats. Ces théories expliquent la soumission de l'Etat nouveau aux coutumes préexistantes par l'affirmation que ces coutumes fondent un ordre établi, respectable et respecté pour lui-même (55) dont la durée et la généralité fonderaient la validité et la légitimité.

Cette opinion, discutable, est en partie fondée ; mais il n'est pas nécessaire, nous semble-t-il, de recourir à cette notion « d'ordre ».

(53) Cf. par exemple l'Egypte rejettant les coutumes en matières d'immunités diplomatiques à l'occasion de l'affaire des diplomates français au Caire, ou l'Indonésie rejettant les règles en matière de protection diplomatique, à l'occasion de l'affaire de l'Iran.

(54) Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., t. 58, p. 515 et note 1.

(55) Jean Ray, *op. cit.*, R.C.A.D.I., vol. 48, 1934, p. 697. G. Scelle, *Essai sur les sources formelles du droit international*, Mélanges Gény, t. III, p. 421.

A notre avis, *une coutume générale* est opposable aux nouveaux Etats en raison de *son effectivité.*

Une coutume générale, c'est une coutume effective dans la société internationale tout entière.

Jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, une coutume était considérée comme générale ou universelle lorsqu'elle était reconnue comme telle par les nations dites civilisées, c'est-à-dire par les Etats d'Europe techniquement évolués et de civilisation chrétienne.

Ce principe a été énoncé, par exemple, par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire de la Jeune Eugénie, dans les termes suivants : « On ne peut pas considérer comme appartenant au droit international les principes qui ne sont pas universellement reconnus comme tels par les communautés civilisées ou au moins par celles que nous appelons les « Etats chrétiens d'Europe » (56). » Les termes « européens » et « universel » étaient alors synonymes.

Parmi de nombreuses décisions qui reposent sur le même principe, on peut citer la sentence d'un tribunal de prises maritimes anglais dans l'affaire *The Paquete Habana* (57) : la règle de ne pas saisir les chalutiers comme prises de guerre est devenue, dit le tribunal, « une règle établie de droit international par l'assentiment général des nations civilisées ».

Mais, si les coutumes formées par les seuls Etats « civilisés » revêtaient alors le caractère de coutumes générales opposables aux nouveaux Etats, c'est tout simplement en raison de l'effectivité que les Etats techniquement les plus évolués étaient en mesure de conférer à ces règles.

Le rôle des grandes puissances dans la formation et la permanence des règles coutumières générales reste d'ailleurs toujours actuel. « Leur rôle... est de conférer aux usages *un degré d'effectivité* sans lequel la conviction juridique, condition de l'assentiment général, ne trouverait pas une base suffisante dans la réalité sociale. Nombre de coutumes ne doivent leur origine qu'à des décisions ou à des actes des grandes puissances qui, du fait de leur répétition ou de leur enchaînement, du fait surtout de l'idée d'ordre qui finalement s'en dégage, ont perdu peu à peu leur caractère personnel, contingent, en un mot politique, pour revêtir les aspects de la coutume » (58).

Ainsi, une coutume a le caractère d'une coutume universelle et se trouve opposable aux nouveaux Etats, lorsqu'elle est dotée, sans limitation géographique, d'une suffisante effectivité.

(56) Cf. DICKINSON, *The law of Nations*, New-York, 1929, p. 13.
(57) 1900, MOORE, I, pp. 7-8.
(58) Ch. de VISSCHER, *Théories, op. cit.*, p. 190.

Certes, le rôle des grandes puissances n'est plus aujourd'hui aussi incontesté qu'il le fut jadis. Les nouveaux Etats notamment contestent fréquemment le rôle privilégié des grandes puissances dans l'élaboration des règles coutumières. Certains efforts sont d'ailleurs accomplis pour associer les Etats nouvellement indépendants (notamment ceux d'Afrique Noire) au développement du droit international coutumier ; on assiste, par exemple, à un effort pour faire participer plus étroitement, et dans une plus grande proportion, ces Etats aux travaux de codification de la Commission du Droit international de l'O.N.U. Même si, sur tel ou tel sujet, les projets de la commission n'aboutissent pas à la rédaction d'une convention, les dispositions qu'elle adopte, dans la mesure où elles déclarent la coutume internationale déjà existante, ont, en effet, valeur obligatoire, même pour les Etats nouveaux. La participation de ces Etats aux travaux de la commission est donc très souhaitable (59).

Mais le principe de l'opposabilité des coutumes générales aux nouveaux Etats, même s'il est souvent contesté, reste un principe de droit positif. Et il est permis, semble-t-il, d'affirmer que ce principe est une application du principe d'effectivité : une coutume générale est opposable aux nouveaux Etats parce qu'elle est effective.

En posant comme première condition à l'existence d'une coutume, la réalisation *d'une pratique générale*, le droit international constate simplement que l'effectivité est la condition nécessaire de l'existence d'une coutume.

En est-elle la condition suffisante ? Comment s'opère ici le passage de l'effectif au normatif ? La réponse à cette question ne peut être fournie qu'en étudiant le deuxième élément de la coutume : « *l'opinion juris sive necessitatis* ».

§ 2. — Le principe d'effectivité et « l'opinio juris sive necessitatis ».

Comme on l'a dit, « les incertitudes qui subsistent au sujet de la formation des règles coutumières concernent surtout le processus mental par lequel l'esprit humain associe la normativité (idée de l'obligation) à certaines régularités sociales » (60). C'est un processus mental qui constitue le deuxième élément de la coutume : l'effectivité y joue un rôle primordial.

(59) Cf. J. Dehaussy, *Travaux de la C.D.I.*, *A.F.D.I.*, 1961, pp. 416 à 424 (ici p. 417).

(60) Ch. de Visscher, *Théories et Réalités*, *op. cit.*, p. 190.

L'*opinio juris* serait le sentiment que les sujets de droit éprouvent, en respectant une règle coutumière, qu'ils sont tenus juridiquement de se conformer à cette règle, ou que cette règle a un caractère obligatoire.

La nécessité de ce deuxième élément de la coutume est établie par le droit positif : l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice énonce que toute coutume implique l'existence d'une pratique « acceptée comme étant du droit ». La Cour Internationale de Justice a d'ailleurs affirmé avec netteté la nécessité de cet élément psychologique pour l'existence d'une coutume, notamment dans son arrêt du 20 novembre 1950 rendu dans l'affaire du droit d'asile (61). La majeure partie de la doctrine admet également la nécessité de l'*opinio juris*.

Il semble donc que le rôle de l'effectivité dans la formation des coutumes trouve ici sa limite. Pour être obligatoire, une règle coutumière ne doit pas être seulement effective ; elle doit être également reconnue comme étant du droit.

La juridicité ou la validité d'une règle coutumière ne repose donc pas uniquement sur son effectivité, mais dépend aussi de la réalisation d'une condition supplémentaire, d'une autre nature, d'un autre ordre que l'effectivité elle-même.

Pourtant une étude attentive de l'*opinio juris sive necessitatis* dans le droit positif et en doctrine, confirme le rôle de l'effectivité dans la naissance même de cet élément et, par conséquent, dans la formation de la coutume.

L'*opinio juris sive necessitatis* pose en effet principalement deux problèmes juridiques : le premier est relatif à la preuve de cet élément de la coutume ; c'est un problème pratique, de technique juridique, Le second a trait à la nature de l'*opinio juris*. Ces deux problèmes appellent l'un et l'autre une solution qui laisse la plus grande place à l'effectivité.

A. — La preuve de « l'opinio juris ».

En pratique, dans le droit positif, ce deuxième élément de la coutume pose un problème de preuve. Pour prouver l'existence d'une coutume dont il invoque l'application, un Etat se heurte, en effet, nécessairement à la difficulté de prouver l'existence de *l'opinio juris*.

Pratiquement, la preuve de *l'opinio juris* ne peut être apportée en justice : un Etat ne pourra prouver que les motifs de ses propres

(61) Recueil, 1950, p. 277.

actes, et éventuellement ceux de quelques Etats ; mais, ignorant le plus souvent les motifs des autres Etats, il lui sera impossible de prouver positivement l'absence ou l'existence d'une *opinio juris* à propos de la coutume en cause.

Deux voies restent donc logiquement ouvertes ; la première consiste à admettre que la preuve d'une pratique générale et de longue durée — qui peut être pratiquement apportée — suffit pour établir l'existence d'une coutume ; la nécessité de *l'opinio juris* est alors réduite à une pétition de principe et n'est pas contrôlée concrètement par les juridictions internationales ; cette solution équivaut à supprimer la nécessité de *l'opinio juris* ; les règlements de procédure arbitrale et judiciaire et notamment ceux de la Cour Permanente d'Arbitrage antérieurs à la constitution de la C.P.J.I. ont adopté ce point de vue : ils se sont abstenus de fournir une définition de la coutume, d'exiger l'existence de *l'opinio juris* (62).

La liberté d'appréciation de l'organe chargé de se prononcer sur l'existence de la coutume est, dans ces conditions, considérable ; c'est ce que constatait Kelsen en écrivant que « la théorie de l'élément subjectif n'a aucune fonction que de dissimuler le rôle important, pour ne pas dire dominant, que joue, dans la formation du droit coutumier, l'arbitraire de l'organe compétent à appliquer le droit » (63).

La deuxième solution concevable au problème posé par la preuve de *l'opinio juris* consiste à admettre que la preuve d'une pratique générale fait présumer l'existence de *l'opinio juris*. Il ne saurait être question d'une présomption irréfragable (qui reviendrait à supprimer la nécessité de *l'opinio juris*) ; au contraire, la preuve du défaut d'*opinio juris* pourrait, selon cette opinion, être librement apportée (64).

(62) Cf. Guggenheim, *L'origine de la notion* d'opinio juris sive necessitatis, *comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens*, Mélanges Basdevant, pp. 258 à 262.

(63) Kelsen, *Théorie du droit international coutumier*, Revue internationale de la théorie du droit, 1939, pp. 253-274 (ici p. 260) ; dans le même sens, Reuter, *Organisations internationales et évolution du droit*, *op. cit.*, p. 450. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international, contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, L.G.D.J., Paris, 1959, 480 p. Mac Nair a montré le rôle capital détenu par les décisions jurisprudentielles dans l'ordre international, et la grande marge de liberté dont jouissent les juridictions internationales pour déterminer définitivement les normes du droit positif en leur conférant la précision nécessaire. Cf. discours présidentiel prononcé en 1950 à la séance de Bath de l'Institut de droit international, Annuaire de l'Institut de droit international, 1950.II, p. 183 et s.

(64) Certains auteurs soutiennent ce point de vue. Séfériades écrit par exemple : « Je suis nettement d'avis que l'existence d'une coutume, tout en supposant à mon sens l'assentiment original latent des sujets dont les actes

La jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale a retenu cette solution, pour des raisons purement pratiques ; mais, le plus souvent, la Cour, ainsi que les parties dans leurs plaidoiries, ont gardé le silence sur l'élément psychologique de la coutume (65).

Il apparaît donc que la preuve d'une pratique générale suffit le plus souvent pour affirmer l'existence d'une règle coutumière: ceci établit que le rôle de *l'opinio juris* est en pratique très réduit, tandis que le rôle de l'effectivité est prépondérant.

Pourtant, la preuve du défaut d'*opinio juris* est susceptible, selon le droit positif, de priver une pratique générale du caractère de règle coutumière.

Cette dernière règle porte-t-elle atteinte au rôle principal détenu par l'effectivité dans la formation des coutumes ? Il ne le semble pas.

En effet, la preuve du défaut d'*opinio juris* ne peut pas pratiquement être apportée, car elle est la preuve d'un fait psychologique et négatif — une pareille preuve est plus difficile encore à apporter que celle de l'*opinio juris* — qui est pourtant présumée en raison des difficultés de la preuve.

Pratiquement, la preuve du défaut d'*opinio juris* n'est possible qu'à la condition d'établir l'existence de certains faits, de certains comportements — ou au moins de certaines déclarations — qui contestent le caractère obligatoire, juridique de la pratique alléguée.

Deux hypothèses peuvent donc se présenter : ou bien la preuve de faits ou d'actes juridiques ou matériels qui contredisent la pratique en cause pourra être apportée : mais, dans ce cas, ce n'est pas l'absence d'*opinio juris* qui est démontrée, mais le défaut de généralité de la pratique alléguée ; *l'opinio juris* s'efface devant un problème d'effectivité. Ou bien c'est la preuve de simples refus de reconnaissance, de simples protestations d'un Etat à l'égard de

consécutifs finiront par la créer, doit être considérée comme prouvée, dès que les actes constitutifs matériels — positifs ou négatifs — deviennent certains, sans qu'on ait à prouver également l'élément psychologique de l'assentiment de ceux qui, par leurs actes, ont contribué à sa création, ni même l'élément plus psychologique encore de l'existence de *l'opinio juris sive necessitatis* qui a dû accompagner tout acte positif ou toute abstention coutumière ». (SÉFÉRIADES, *Aperçus sur la coutume, op. cit.*, p. 144). Le même auteur écrit plus loin : « Le juge n'a pas... à développer dans sa sentence toutes les raisons qui conduisirent sa conscience à reconnaître l'existence de telle coutume, ni, en conséquence, l'existence de *l'opinio juris* qui forcément l'a accompagné ». L'arbitraire du juge est ici très développé.

(65) Cf. affaire du *Lotus*, précitée, à propos de laquelle la Cour fait mention de l'élément psychologique. Cf. en particulier plaidoirie allemande dans l'affaire de la *Haute-Silésie*, Série C, n° 11, pp. 414-417 ; plaidoirie anglaise dans l'affaire *Oscar Chinn*, Série C, n° 75, pp. 40-56.

la pratique en cause qui est apportée. Cette preuve suffit-elle à détruire le caractère obligatoire, juridique de la pratique alléguée ? Il ne le semble pas.

Une simple protestation verbale, non suivie d'effets, ne suffit pas, en effet, à détruire le caractère obligatoire d'une coutume établie. Il existe, en droit international, de nombreuses règles coutumières que certains Etats n'ont jamais reconnues, contre lesquelles ils ont toujours protesté ; par exemple, l'obligation coutumière de la déclaration de guerre préalable a suscité de constantes critiques de la part de l'Angleterre pendant plus de deux siècles ; ces règles n'en font pas moins partie du droit positif.

Pour qu'une règle coutumière soit dépourvue de validité à l'égard d'un Etat, il ne suffit pas que cet Etat se soit abstenu de participer à sa création ou de la reconnaître, il ne suffit même pas que cet Etat ait protesté contre la règle en question, il faut encore qu'il ait effectivement participé à la création d'une coutume contraire ou différente, elle-même effective ; c'est l'effectivité de cette seconde pratique qui pourra alors utilement être invoquée pour dénier à la coutume contestée son caractère obligatoire.

En conclusion, *l'opinio juris* ne peut être prouvée qu'à partir de l'effectivité de la coutume ; il est donc très difficile techniquement de dissocier les deux éléments de la coutume, la pratique et *l'opinio juris* ; mais le lien qui existe ainsi entre ces deux éléments marque bien que l'effectivité joue un rôle essentiel, même au niveau de la preuve de *l'opinio juris sive necessitatis*.

L'étude de la nature juridique de ce deuxième élément de la coutume confirme encore le rôle de l'effectivité dans la formation des coutumes.

B. — La nature de « l'opinio juris ».

Les auteurs sont divisés sur la nature juridique de *l'opinio juris*, sur la signification de ce deuxième élément de la coutume internationale.

Les opinions des auteurs à ce sujet se rattachent pratiquement à trois écoles principales : l'école du droit naturel, l'école volontariste et l'école objectivitiste.

1° *L'école du droit naturel.*

Selon l'école du droit naturel, *l'opinio juris* est présentée comme étant le sentiment spontané de la conscience à l'énoncé d'une règle qui tire son existence de la nature même des hommes et des choses.

Cicéron voyait déjà le fondement des règles coutumières dans la nature (66). Certains juristes soutiennent cette opinion à propos des coutumes internes ; Aubry et Rau écrivent par exemple : « le droit coutumier est celui qui, révélé par une intuition immédiate à la conscience collective du peuple, a passé dans les mœurs et s'est manifesté dans la pratique » ; c'est « l'expression immanente de l'âme du peuple » (67). Quelques auteurs ont voulu transposer cette opinion dans l'ordre international.

Le droit coutumier emprunterait ainsi l'un de ses éléments au droit de nature, en même temps qu'il lui emprunterait sa force obligatoire originaire (68).

Cette définition de *l'opinio juris* n'est pas acceptable ; elle encourt les mêmes critiques qui sont formées à l'encontre de toute la doctrine du droit naturel ; elle ne permet pas d'expliquer en particulier pourquoi et comment les coutumes évoluent, se transforment ou dépérissent dans l'ordre international.

Pour répondre à ces critiques, d'autres auteurs ont cherché à assimiler *l'opinio juris* à la morale dominante dans la société internationale : c'est une autre forme de la même doctrine.

Selon cette opinion, les règles coutumières seraient tacitement acceptées par les sujets de droit, en raison de leur conformité avec la morale dominante dans l'ordre international. *L'opinio juris* serait le sentiment de cette conformité de la règle coutumière à l'ordre public international, duquel la coutume tira sa force obligatoire.

Cette explication n'est pas satisfaisante, car la notion de morale dominante est très imprécise ; elle peut même s'avérer dangereuse, car cette prétendue morale — qui semble trouver son fondement dans une sorte d'accord mal défini — peut s'écarter totalement de ce qu'il est permis de considérer comme une saine morale et une vraie justice ; un auteur a fort bien montré les insuffisances de cette notion de « morale internationale dominante » en écrivant : « Cette foi aveugle dans la sagesse du peuple est démentie par l'histoire de tous les temps et de tous les pays. La généralité est capable de s'adapter par paresse à n'importe quelle pratique, même immorale, absurde et totalement nuisible dans ses ultimes conséquences, lorsque l'énergie agissante d'un petit nombre d'oppresseurs s'impose à son faible vouloir ou à son ignorance, lorsque encore

(66) Il écrivait : « *Consuetudine jus est quod... leviter a natura tractum... ab natura profectum* ». *De inventione* II.54.162.

(67) *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. I, p. 4.

(68) Cf. *La leçon de la Rome Antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume*, F. Sem. *in* Mélanges Lambert, t. I, p. 220.

se répandent ou s'enracinent dans son sein les préjugés et les habitudes malsaines » (69).

D'autre part, cette explication n'est pas satisfaisante d'un point de vue juridique ; si *l'opinio juris* était le sentiment qu'une certaine pratique est conforme à la morale actuellement dominante dans la société internationale, elle ne suffirait pas à donner à cette pratique le caractère obligatoire d'une règle de droit, car le droit et la morale sont nettement distincts.

2° *L'école volontariste* s'efforce de répondre à ces objections.

Fondant tout le droit international sur la volonté des Etats, elle assimile la coutume à un pacte tacite et explique son caractère obligatoire par la volonté des États de s'y soumettre : une coutume serait obligatoire en raison de l'assentiment exprès ou au moins tacite des Etats. *L'opinio juris* est donc analysée ici comme l'expression d'un accord tacite.

Anzillotti a soutenu ce point de vue : « lorsque cette volonté (de l'Etat) se manifeste par la constante répétition d'une manière donnée d'agir dans des circonstances données, on parle de coutume (*tacitum pactum*) » (70).

La répétition des faits ou la pratique générale apparaît, selon cette théorie, comme un élément de preuve de la coutume ; elle n'en est pas à proprement parler un élément constitutif.

Telle est l'opinion adoptée (avec des nuances parfois importantes) par Grotius, Vattel, Jellinech (71), Triepel, Von Liszt, Cavaglieri, Fauchille, Séfériades, Savigny, Anzilotti, Oppenheim (72), Strupp (73).

L'école soviétique de droit international rejoint cette tendance (74).

(69) NEUKAMP, *Einletung in eine Entwickelingsgeschichte des Rechts*, 1895, p. 135, a reconnu dans la coutume avec beaucoup de sagacité, l'empire de la loi d'inertie. Cf. aussi MANFREDI SIOTTO PINTOR, *Réflexions au sujet de la coutume en droit interne*, Mélanges Lambert, pp. 373 à 382, ici p. 381.

(70) ANZILOTTI, *Cours de droit international*, traduction Gidel, Sirey, Paris, 1929, t. I, p. 73.

(71) *L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, Paris, 1911-1913, Ed. Giard et Brière, p. 562.

(72) International law, a treatise, London, 1928, éd. Toronto, Longman, Green et Cie, et notamment p. 18. « la force obligatoire de la coutume dépend de la volonté des Etats ».

(73) Eléments de droit international public universel, européen et américain, préface ALVAREZ, 2e éd., Paris, 1930, vol. III, p. 13.

(74) La doctrine soviétique refuse en principe aux coutumes le caractère de règle de droit positif ; elle présente la coutume comme une règle imposée par les puissances impérialistes aux petits Etats. Cf. KRYLOV, *Les notions principales*

Mais cette théorie ne correspond pas à l'état du droit international en vigueur.

Certes, un certain nombre de décisions de juridictions internationales peuvent être invoquées à l'appui de cette opinion ; dans la célèbre affaire du *Lotus,* par exemple, la Cour Permanente de Justice Internationale, adoptant une attitude nettement volontariste, a affirmé que « Les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci... » ; et, à propos de la coutume, la Cour a déclaré que « c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale ».

Mais, en sens inverse, d'autres exemples tirés du droit positif contredisent la théorie volontariste.

Par exemple, lorsque le délégué du Salvador tenta, à la conférence de codification du droit international de La Haye, de faire adopter une proposition suivant laquelle « les obligations internationales sont celles qui naissent de traités ou de coutumes établies, *reconnues comme droit par tous les Etats* », son projet fut repoussé la majorité des délégués de la conférence ayant estimé que les règles coutumières ne doivent pas être définies par référence à la volonté des Etats.

Comment expliquer avec la théorie volontariste le principe incontesté selon lequel les règles coutumières existantes s'appliquent aux nouveaux Etats dès leur constitution (76) ?

La doctrine volontariste n'explique pas non plus le fait, établi par la pratique internationale, que les organes internes d'un Etat sont compétents pour contribuer à la formation d'une règle coutumière ; comment ces organes, incompétents pour engager internationalement l'Etat, peuvent-ils contribuer à la formation du pacte tacite coutumier ?

Cette théorie interprète comme une acceptation tacite le silence ou l'abstention d'un Etat à l'égard d'une règle coutumière : elle

du droit des gens de la doctrine soviétique du droit international, R.C.A.D.I., t. 70, 1947, pp. 441-442. J.-Y. Calvez, *Droit international et souveraineté en U.R.S.S.,* Paris, Colin 1953.

Mais la doctrine soviétique admet le caractère obligatoire de la règle coutumière si celle-ci fait l'objet, de la part de l'Etat contre lequel elle est invoquée, d'une reconnaissance certaine : dans ce cas la coutume tire son caractère obligatoire de la reconnaissance, elle est « un traité embryonnaire ». Cf. Tardonzio, *The soviet Union and International law,* Mac Millan, New York, p. 13.

(75) Borchard, M. Bovin, *La théorie et les sources du droit international,* traduction Rec. Gény, t. 3, Sirey, Paris, 1933.

(76) Cette objection est sans valeur à l'égard de la doctrine soviétique selon laquelle le nouvel Etat n'est pas soumis aux règles coutumières qu'il n'a pas expressément reconnues.

explique ainsi qu'une coutume puisse être obligatoire même pour un Etat à l'égard duquel aucun précédent (relatif à cette coutume) ne peut être invoqué. Mais ce recours au consentement tacite n'est qu'une simple fiction.

Ainsi la théorie volontariste, qui a recours à des fictions dans l'explication qu'elle propose du caractère obligatoire des règles coutumières et qui ne rend pas compte de l'état actuel du droit positif, doit-elle, nous semble-t-il, être rejetée.

Les théories objectivistes proposent une autre explication du caractère obligatoire des coutumes, qui repose principalement sur la notion de solidarité internationale.

3° *L'école objectiviste.*

Les partisans de la théorie objectiviste invoquent, pour expliquer le caractère obligatoire des règles coutumières, leur conformité à une certaine « nature des choses » ou à une certaine « nécessité sociale ». *L'opinio juris* serait simplement la reconnaissance de cette conformité.

Les règles coutumières seraient obligatoires, selon ces auteurs, en raison de leur conformité aux besoins objectifs de la société internationale ou de leur compatibilité avec le sentiment commun de la justice, de l'équité ou de l'ordre. Certains mettent plutôt l'accent sur la conformité des règles coutumières aux nécessités sociales : la coutume est obligatoire car elle permet le maintien d'un ordre international et qu'elle sauvegarde la paix ; d'autres insistent sur la conformité de la coutume à un idéal juridique supérieur tiré de la nature des choses ou de la raison humaine : le droit coutumier exprimerait le minimum de moralité indispensable au maintien de la communauté internationale (77). Telle est, très schématisée, l'opinion de Le Fur, Duguit, Geny, Politis, Spiropoulos, Scelle, Brierly, Lauterpacht et Lapradelle.

Cette théorie a certes le mérite de n'accorder à la volonté des Etats qu'un rôle mineur dans la formation et dans le fondement du caractère obligatoire de la coutume ; elle ne fait pas appel, comme la théorie volontariste, à de nombreuses fictions. Elle souligne que des coutumes ne peuvent exister qu'entre les Etats liés par une communauté étroite de mœurs, de civilisation, d'intérêt et d'idéal : la coutume repose, en effet, sur des liens sociaux objectifs : elle ne

(77) Cf. par exemple Le Fur, *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public,* Rec. Gény, p. 362.

peut se former entre des Etats trop radicalement différents (78). C'est dans l'existence de cette communauté sociale, qui consiste en un faisceau de forces centripètes rassemblant en une société homogène des groupes sociaux divers, qu'il faut, en dernière analyse, rechercher l'explication du processus d'élaboration des règles coutumières.

Mais la théorie objectiviste repose sur des critères très imprécis : les notions d'intérêt social, de nécessité collective, de sécurité commune, de justice ou de moralité sociale minimum, sont indéfinissables. Elles ne constituent pas un cadre d'analyse juridique.

D'ailleurs, cette doctrine ne permet pas de déterminer dans quels cas un Etat peut contester la conformité d'une règle coutumière avec ces « données objectives » de la société internationale et, par conséquent, de nier son caractère obligatoire. Elle ne fournit aucun élément précis sur les modalités de révision des règles coutumières.

En somme, cette doctrine n'est pas satisfaisante, car elle se prétend objectiviste et elle repose paradoxalement sur des notions dont le contenu ne peut être dépouillé d'une grande part de subjectivité.

Toutes ces doctrines doivent donc être rejetées.

La force obligatoire des règles coutumières ne résulte ni de la volonté des Etats de leur reconnaître le caractère de règles juridiques, ni de leur conformité à un « ordre » quelconque ; c'est parce qu'elles sont effectives, c'est-à-dire dans un rapport étroit avec la réalité sociale, et dans la mesure où elles sont effectives, que les règles coutumières sont obligatoires.

*
**

L'opinio juris, sentiment des sujets de droit qu'une certaine pratique est juridique, qu'elle est obligatoire, a elle-même sa source dans l'effectivité de la pratique en question.

En effet, si la pratique qui engendre la coutume suscite le sentiment qu'elle est du droit, c'est qu'elle est effectivement sanctionnée si elle est violée.

(78) C'est pourquoi, la pratique internationale du XIX[e] siècle par exemple, prenait en considération les coutumes des nations « civilisées », ou « européennes », ou « chrétiennes », soulignant ainsi la nécessité d'une communauté étroite entre les Etats soumis à la même coutume. Dans le même sens, Madame BASTID a montré que des coutumes ne peuvent se constituer facilement aujourd'hui entre les Etats des deux blocs ! cet auteur souligne la nécessité de ces liens objectifs inter étatiques pour qu'une coutume puisse se former, en écrivant : « La coexistence pacifique (juridique) suppose la présence d'un sentiment commun lui-même déterminé par des *conditions de fait* ». Cf. les conditions juridiques de la coexistence. Politique étrangère, Paris, février 1955, p. 18.

M. de Visscher écrit à ce sujet : « Le critère le plus ferme du caractère obligatoire de la règle coutumière nous est fourni par la réciprocité dans son observation, c'est-à-dire par la disposition chez les Etats à s'y conformer aussi bien quand elle est invoquée contre eux que lorsqu'ils sont amenés à s'en prévaloir » (79).

En d'autres termes, *l'opinio juris*, c'est la reconnaissance que la pratique invoquée est rendue obligatoire par un pouvoir effectif qui en impose le respect. C'est ce que constatait le professeur Basdevant en écrivant : « Ce qui confère leur caractère obligatoire à ces comportements successifs et généraux, c'est qu'ils sont reconnus par ceux qui sont en situation de leur assurer une certaine force d'application dans la vie internationale » (80).

La sanction d'une éventuelle violation de la pratique coutumière consistera en la réciprocité dans son application ou en tout autre moyen de pression effective détenu par les sujets de droit qui attendent le respect de la règle.

L'opinio juris est la reconnaissance de cette force obligatoire, qui permet précisément de distinguer la règle coutumière du simple usage ou de la règle morale (81).

L'opinio juris ne peut donc être définie qu'à partir de l'effectivité de la coutume en question ; elle n'est rien d'autre que la reconnaissance par les sujets de droit de l'effectivité de la coutume. Par *l'opinio juris*, les sujets de droit renforcent encore et stabilisent l'effectivité de la coutume.

***

En conclusion, il paraît possible d'affirmer que l'effectivité joue un rôle privilégié dans la formation des règles coutumières.

Certes, la volonté des Etats de contribuer à la naissance de ces règles ou de se soumettre à leurs prescriptions, la conformité de ces règles à un ordre naturel ou social, interviennent dans le développement du droit coutumier ; mais ces différents facteurs ne sont eux-mêmes que des éléments de l'effectivité des règles coutumières.

L'effectivité est directement intégrée dans les règles coutumières; elle conditionne à la fois la formation des coutumes (qui naissent

(79) Cours général précité, p. 475.

(80) BASDEVANT, *Règles générales*, *op. cit.*, p. 471.

(81) Cf. sur ce point GUGGENHEIN, *Principes de droit international public*, *op. cit.*, p. 190, qui donne comme exemple de coutume dont la violation est susceptible d'entraîner une sanction, le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale et comme exemple de simple usage non sanctionné, le salut maritime entre vaisseaux de guerre. Dans le même sens, GIDEL, *Le droit international public de la mer*, 1932, t. I, p. 285.

à partir du fait, à la suite de l'établissement d'une pratique générale) et la force obligatoire des coutumes (qui sont considérées comme obligatoires en raison de leur effectivité).

Dans la formation des coutumes, le fait précède le droit, ce qui est devient ce qui doit être (82) ; mais, de plus, le fait détermine le contenu même de la règle.

On peut donc affirmer que l'effectivité conditionne à la fois la formation, la validité et le contenu des règles coutumières.

La formation des règles coutumières illustre donc bien la fonction créatrice de l'effectivité ; elle est un cas d'application du principe d'effectivité tel que nous l'avons formulé.

Mais, si la coutume est de toutes les règles juridiques celle dont la subordination au principe d'effectivité est la plus directe, les autres règles de l'ordre international sont, elles aussi, conditionnées par le principe d'effectivité, comme nous allons le monter.

Section II

LE PRINCIPE D'EFFECTIVITE ET L'ELABORATION DES TRAITES MULTILATERAUX

Le rôle de l'effectivité dans la formation du droit apparaît encore à l'examen de certaines techniques d'élaboration des règles juridiques, en particulier des techniques de conclusion des traités multilatéraux. C'est l'effectivité qui conditionne en effet des techniques formelles ; la fonction créatrice de l'effectivité se manifeste ici indirectement, médiatisée par des techniques juridiques.

Un phénomène récent, mais bien connu des relations internationales, est celui de la multiplication du nombre des traités multilatéraux régissant les matières les plus diverses ; les Etats en grand nombre, se réunissent pour régler conventionnellement leurs intérêts communs, notamment dans les domaines techniques. Le principal problème soulevé par ces traités multilatéraux est sans doute celui des rapports qui s'établissent entre le groupe d'Etats, auteurs du traité, d'une part, et les autres Etats, d'autre part.

Un Etat peut, en effet, refuser de participer à un traité multilatéral (d'ordre technique, par exemple) ; mais, si de nombreux

(82) Suivant l'expression même du juge dissident Armand Ucon, dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, Arrêt de la C.I.J. du 12 avril 1960.

Etats tombent d'accord pour conclure un tel traité, l'Etat en cause se trouvera fâcheusement isolé ; à la limite, il se trouvera en quelque sorte contraint d'adhérer au traité en cause : sa liberté de choix sera en tout cas très réduite. Par ailleurs, l'isolement d'un Etat peut être très préjudiciable à la communauté internationale elle-même ; il est souvent souhaitable, en effet, qu'un traité multilatéral englobe parmi ses participants le plus grand nombre d'Etats possible (pour permettre une unification de la réglementation juridique internationale) ; mais un accord entre un nombre élevé d'Etats aux intérêts souvent divergents s'avère difficile, même sur un sujet technique, à propos duquel les susceptibilités de souveraineté sont moins développées que dans le domaine politique. Cette contradiction est un des écueils les plus sérieux de la codification du droit international (83).

L'étude de la pratique internationale révèle que les techniques d'élaboration des traités internationaux, qui ont pour but de résoudre les difficultés que nous venons de signaler, accordent au groupe d'Etats déjà réuni autour d'une convention, une importance particulière ; comme les ordres internes institutionnalisent la prépondérance de la majorité sur la minorité (en droit public ou dans le droit des sociétés, par exemple), le droit international organise, à propos de l'élaboration des traités multilatéraux, une prépondérance des groupements homogènes d'Etats, sur les Etats isolés ou en désaccord avec eux.

Mais il ne s'agit pas d'une transposition pure et simple à l'ordre international de la loi de la majorité. L'Etat n'est une unité de dénombrement assimilable à l'individu, dans l'ordre interne, qu'à la condition de considérer la société internationale comme une société hiérarchisée et centralisée (c'est le cas d'une organisation internationale suffisamment intégrée, par exemple) ; en règle générale, l'Etat souverain ne se soumet pas à la loi de la majorité.

Aussi, l'explication de l'importance particulière accordée aux groupes d'Etats dans les traités multilatéraux doit-elle être un principe de légitimité quelconque, analogue à ceux qui fondent la loi de la majorité dans les ordres internes. C'est en vertu de l'effectivité conférée par le groupe d'Etats à la règle juridique que celle-ci a une rigidité, une « solidité » particulière, qui lui permettent de s'imposer malgré la volonté dissidente d'un Etat isolé.

(83) Sur ces sujets, cf. notamment JENKS C.W., *Les instruments internationaux à caractère collectif*, R.C.A.D.I., 1939, t. 69, pp. 451 à 573. YAKEMTCHOUK, *La révision des traités multilatéraux en droit international*, R.G.D.I.P., 1936, pp. 337 à 400. G. BÉNAR, *Méthodes et techniques de la codification en droit international public*, thèse, Dijon, 1954, 450 p. et la bibliographie citée.

Certes, la puissance d'une majorité numérique ne doit pas être surestimée ; elle s'affirme au moment du vote et risque de dépérir au moment de l'exécution (84). Souvent, la constitution d'une majorité n'est possible qu'autour d'une grande puissance, qui l'assure matériellement, effectivement.

Le droit international confère cependant à l'effectivité, sous un aspect quantitatif (nombre d'Etats signataires d'une convention multilatérale), des conséquences juridiques qui font apparaître la fonction créatrice de l'effectivité.

C'est ce que montre l'étude des techniques de l'élaboration et de l'entrée en vigueur, de l'adhésion et des réserves dans les traités multilatéraux.

Dans chacune de ces hypothèses, la technique de l'élaboration des traités multilatéraux, si elle n'affecte pas directement les droits souverains des Etats minoritaires, a cependant d'importantes conséquences juridiques à leur égard ; l'Etat isolé, surtout s'il est d'une faible puissance, se verra souvent dans l'obligation de se plier à la loi de la majorité plutôt que de se confiner dans un isolement stérile, qui risque de lui être très préjudiciable.

L'effectivité conférée à la nouvelle règle par l'adhésion d'une majorité d'Etats manifeste ici son effet créateur en limitant la liberté des Etats étrangers au groupement prépondérant : la règle s'impose pratiquement à eux en raison de son effectivité.

Le même phénomène apparaît dans les techniques de l'entrée en vigueur des traités multilatéraux, où l'effectivité conditionne l'élaboration d'une nouvelle règle juridique.

A. — L'élaboration des traités multilatéraux.

Le problème de l'élaboration des traités multilatéraux soulève de nombreuses questions juridiques. Plusieurs Etats peuvent participer à une conférence internationale dans le but de réglementer conventionnellement un secteur donné de leurs relations : les modalités de l'élaboration du texte d'un traité multilatéral sont d'ailleurs très variées. Une conférence des représentants des divers Etats intéressés peut être réunie : c'est le procédé classique d'élaboration des traités. La conférence pourra d'ailleurs élaborer le texte du traité à l'unanimité ou à la majorité. Mais d'autres techniques sont fréquemment utilisées, notamment les organes d'une organisation internationale peuvent être conduits, même si la charte de l'organisation ne leur confère pas expressément ce pouvoir, à

(84) Cf. M. Virally, *l'O.N.U.*, *op. cit.*, p. 174.

rédiger les textes de certains traités qui sont ensuite soumis à l'acceptation des Etats membres (cette hypothèse étant évidemment distincte de celle des décisions proprement dites des organisations internationales, qui sont quelquefois obligatoires pour les Etats membres) (85). L'organisation internationale peut avoir un rôle plus ou moins important. Elle peut simplement provoquer la réunion d'une conférence diplomatique ; si les organes de l'organisation se substituent aux représentants des Etats dans la phase de la négociation du traité, le rôle de l'organisation sera plus important (86).

Quelquefois, le texte adopté par l'organisation est directement soumis à l'adhésion des Etats membres, sans qu'une ratification préalable des représentants de ces Etats soit intervenue (87). Dans ces hypothèses, les organes de l'organisation jouent un rôle capital dans la détermination du contenu de la convention. On a pu soutenir que cette activité des organisations internationales était une activité législative accomplie avec le secours des Etats (88). Cette opinion a le mérite de montrer que la volonté des Etats, qui ne participent pas directement, dans cette hypothèse, à la phase des négociations du traité, a ici un rôle différent et plus réduit que celui qui lui est normalement réservé dans la conclusion des traités multilatéraux. La « règle » posée par l'organisation ne prend évidemment son caractère juridique qu'après une manifestation de volonté des Etats, qui fonde sa validité ; mais la volonté des Etats est, dans une certaine mesure, limitée, prédéterminée, par l'existence d'une norme préétablie, à l'élaboration de laquelle ils n'ont pas directement participé et qu'il leur est souvent difficile d'écarter purement et simplement ; un Etat peut, en effet, hésiter à se tenir à l'écart de la communauté contractuelle qui s'institue autour de la norme ainsi élaborée : son isolement pourrait lui être préjudi-

(85) Il faut rappeler ici la procédure originale adoptée pour l'élaboration des traités de Rome, instituant la communauté économique européenne et l'Euratom : un comité de délégués gouvernementaux, assistés d'experts, a été réuni pour procéder à la préparation du texte des traités. Ce comité qui a manifesté une certaine indépendance vis-à-vis des gouvernements intéressés était en quelque sorte un organe international préconstitué.

(86) C'est le cas par exemple de la convention sur la prévention du génocide, qui a été élaborée par différents organes des Nations-Unies, approuvée par l'Assemblée générale (le 9 décembre 1948) et soumise à la ratification des Etats membres ; c'est le cas également des multiples conventions préparées par l'O.I.T. qui sont soumises à la ratification des Etats membres de l'organisation.

(87) C'est le cas par exemple de la convention élaborée par les Nations-Unies sur les privilèges et immunités de l'organisation, adoptée par l'Assemblée générale le 13 février 1946 et directement soumise à l'adhésion des Etats.

(88) Cf. Balladore Pallieri, *La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine*, R.C.A.D.I., 1949, vol. 74.

ciable. L'effectivité de la norme ainsi posée tend à limiter la volonté de chaque Etat pris isolément.

B. — L'entrée en vigueur des traités multilatéraux.

Mais ce même phénomène apparaît également dans l'hypothèse où plusieurs Etats, ayant élaboré un traité (quelle que soit la technique d'élaboration utilisée), soumettent l'entrée en vigueur de ce traité à la condition qu'il sera ratifié par un certain nombre d'Etats (89). Dans certains cas, à cette condition d'ordre quantitatif s'en ajoute une autre d'ordre qualitatif : il est exigé que les Etats particulièrement intéressés, ou les grandes puissances qui ont participé à l'élaboration du traité, l'aient ratifié pour que celui-ci entre en vigueur (90).

Dans toutes ces hypothèses, le traité entre en vigueur bien que tous les Etats signataires ne l'aient pas ratifié ; la situation est caractérisée par le fait que le traité, ratifié par un nombre suffisant d'Etats, se trouve doté d'une effectivité certaine ; les Etats qui n'ont pas ratifié ce traité restent évidemment libres de refuser leur ratification et, dans ce cas, le traité ne leur sera pas applicable. Mais l'isolement dans lequel ces Etats risquent alors de se trouver peut leur être très préjudiciable ; l'entrée en vigueur d'un traité multilatéral, qui n'est pas ratifié par tous les Etats signataires, limite donc, en réalité, la liberté des Etats qui ne l'ont pas ratifié. Cette limitation est une conséquence de l'effectivité de ce traité.

Le même phénomène apparaît enfin avec une netteté encore plus grande, à l'occasion de la révision des traités multilatéraux.

Certains traités multilatéraux prévoient expressément la possibilité de leur révision majoritaire. Tel est notamment le cas de nombreuses organisations internationales, dont la Charte constitutive peut être révisée à la majorité (simple ou qualifiée) des Etats

(89) Constitution de la F.A.O., article XXI, § 3, qui subordonne son entrée en vigueur à l'accord de 20 Etats ; Constitution de l'U.N.E.S.C.O., article XV, § 3 (20 signataires) ; Constitution de l'O.M.S., article 80 ; Traité de Rio de Janeiro d'assistance mutuelle (qui exige la ratification de deux tiers des signataires) ; Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (20 ratifications), etc.

(90) La Convention de l'organisation internationale des réfugiés (15 décembre 1946, Rec. N.U., vol., 18, p. 3) prévoit son entrée en vigueur au moment où au moins 15 Etats, dont les cotisations au budget de l'exercice représentent au moins 75 % de l'ensemble du budget, avec ont ratifié la convention ; article 110 de la Charte des Nations-Unies. Parmi d'autres exemples nombreux on peut citer les Traités de paix conclus après la seconde guerre mondiale (dont l'entrée en vigueur était subordonnée à la ratification des grandes puissances signataires).

membres (91). Mais il arrive aussi que certains Etats, d'accord sur la révision d'un traité multilatéral, adoptent celle-ci sans se préoccuper de la position des autres Etats membres de la communauté conventionnelle initiale.

Le traité révisé n'est pas, en principe, opposable aux Etats qui n'ont pas participé à la révision. Les Etats ne sauraient, en effet, se voir obligés par une décision à l'élaboration de laquelle ils n'ont pas participé (92). Mais, comme dans l'hypothèse précédemment étudiée, les Etats qui n'ont pas participé à la révision risquent d'être amenés, pour rejoindre la nouvelle communauté conventionnelle, à entériner la révision réalisée sans eux ou quelquefois malgré eux.

Des considérations analogues s'appliquent à la technique de l'adhésion sans condition.

C. — L'adhésion sans condition.

L'adhésion est l'acte par lequel un Etat, qui n'est pas partie à un traité, se place sous l'empire de ce traité (93).

Les conditions de forme et de fond de l'adhésion obéissent naturellement aux règles posées par chaque traité ; elles sont donc d'une grande diversité.

Dans certains cas, l'adhésion conditionnelle est permise ; l'Etat adhérent peut refuser de se soumettre à certaines des clauses du traité dont il devient cosignataire ; cette forme d'adhésion, qui est tout à fait exceptionnelle, ne retiendra pas notre attention (dans certains cas, le traité lui-même est modifié à l'occasion d'une adhésion) (94).

Le plus souvent, en effet, l'adhésion doit être pure et simple ; l'Etat adhérent n'a pas la possibilité de modifier ou de refuser une ou quelques-unes des clauses du traité.

(91) La révision simplement majoritaire a été instituée pour les chartes constitutives de la S.D.N., de l'O.N.U., de l'O.I.T., de l'O.M.S., de la Ligue Arabe, par exemple assortie pour les Etats minoritaires du droit de se retirer de l'organisation : cette forme de révision qui trouve sa base dans le traité lui-même — et qui a donc un fondement purement volontariste, ne retiendra pas ici notre attention. Cf. sur ce point, Leca, *Les Techniques de révision, op. cit.*

(92) Sous réserve des observations que nous amènera à formuler l'étude des traités incompatibles.

(93) Cf. Rousseau, *Traité, op. cit.*, p. 274. L'adhésion se distingue de la signature différée par le fait qu'elle est un acte unilatéral et aussi, concrètement, parce qu'elle est donnée par un Etat qui n'a pas participé à l'élaboration du traité.

(94) Cf. article 237, alinéa 2 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne.

Sa liberté se trouve ainsi singulièrement diminuée au point de se réduire à un simple choix entre l'acceptation ou le refus. Il a le choix entre une adhésion pure et simple, par laquelle il s'associe à la règle déjà élaborée par un groupe d'Etats, ou entre un isolement souvent néfaste et quelquefois impossible.

Le traité multilatéral apparaît ici comme un acte-règle, et l'adhésion comme un acte-condition, qui a pour effet de placer l'Etat adhérent dans une situation objective préexistante (95) ; la doctrine dominante soutient le point de vue que l'adhésion sans condition n'est pas un acte contractuel, car elle n'implique aucun échange de consentement (96). Elle est un acte unilatéral ; le « pouvoir de contracter » de l'Etat est ici singulièrement diminué.

Le rôle de l'effectivité dans cette technique de l'adhésion est donc très important et comparable à celui que nous avons déjà décrit : le groupement d'Etats cosignataires du traité confère à celui-ci une effectivité qui donne aux règles ainsi élaborées le caractère d'une situation objective devant laquelle la liberté des Etats tiers se trouve très réduite.

La même constatation peut être faite à propos de la technique des réserves, qui est cependant plus souple que celle de l'adhésion.

D. — Les réserves.

Les réserves sont un mode unilatéral de limitation des effets d'un traité ; elles sont formulées par les Etats contractants avant l'entrée en vigueur du traité (97).

L'Ecole de Harvard a donné une définition détaillée des réserves : « La réserve est une déclaration expresse par laquelle un Etat qui signe, ratifie ou accède à un traité, spécifie qu'il pose comme condition à sa volonté de devenir partie au traité certains termes qui viendront limiter les effets de ce traité à son égard et qu'il pourra opposer à l'Etat ou aux Etats parties à ce traité ou qui pourront devenir partie à ce traité » (98).

Le régime juridique des réserves soulève de grandes difficultés.

Il apparaît d'abord que de nombreuses conventions multilatérales réglementent le mécanisme des réserves, soit pour en prohi-

(95) Cf. G. Scelle, *Précis, op. cit.*, t. II, pp. 380-381.

(96) En sens inverse, cf. par exemple Anzilotti, *Cours, op. cit.*, p. 430.

(97) Cf. Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, Pedone 1958. Edwin C. Hoyt, *op. cit.*, et M. Lachs, « *Le développement et les fonctions des traités multilatéraux* », R.C.A.D.I., vol. 92 (1957), p. 294.

(98) *Research of international law*, III, *Law of treaties*, A.J.I.C., 25-1935, suppl., pp. 653-843.

ber expressément l'usage (99), soit pour en limiter le nombre ou en préciser la portée (100).

En l'absence de clauses particulières, le droit international positif ne réglemente pas strictement cette procédure.

La résolution adoptée à Lima, le 23 décembre 1938, par l'union panaméricaine, pose en principe que la réserve est valable dans les rapports de l'Etat qui la formule et les Etats qui l'acceptent ; à l'égard d'un Etat qui n'accepte pas la réserve, celui qui la formule n'est pas partie à la convention.

Mais cette règle est limitée aux relations interaméricaines.

En dehors de cette hypothèse, la doctrine dominante admet, semble-t-il, qu'une réserve n'est valable qu'à la condition d'avoir été acceptée par toutes les autres parties au traité ; à défaut de cette acceptation, l'Etat qui formule la réserve ne peut devenir membre de la communauté conventionnelle envisagée (101).

La pratique internationale paraît être dans ce sens notamment, celle de la S.D.N. (102).

Ainsi, l'intérêt de l'uniformité de l'obligation, imposée à toutes les parties, l'emporte, semble-t-il, en général, sur l'intérêt d'étendre la convention au plus grand nombre possible d'Etats.

Cette règle est présentée comme une conséquence du fondement volontariste des obligations internationales ; mais cette explication n'est pleinement justifiée que pour les traités commutatifs, qui impliquent pour les contractants la recherche d'avantages réciproques et équilibrés. Pour ce qui concerne les conventions multilatérales, qui donnent naissance à de véritables statuts de nature

(99) C'est le cas par exemple de la déclaration de Londres du 26 février 1909 sur la guerre maritime (art. 63), du pacte de la S.D.N. (art. 1er), de la Charte de l'O.N.U., du pacte de l'O.I.T., etc.

(100) C'est le cas par exemple de l'acte général d'arbitrage du 26 septembre 1928 (art. 39), de la Convention de La Haye sur les conflits de Lois en matière de nationalité, du 12 avril 1930 (art. 20), de la Convention de Genève portant loi uniforme sur les règles de change et les billets à ordre, du 7 juin 1930 (art. 1er), de l'accord de Lisbonne sur les signaux maritimes, du 23 octobre 1930 (art. 11), de la Convention de Genève sur les chèques (art. 1er), des Conventions de l'U.P.U., de l'O.M.S., etc.

(101) Cf. Rousseau, *Traité, op. cit.*, p. 275. Podesta Costa, *Les réserves dans les traités internationaux*, R.D.I., 1938.I, pp. 1 à 52. Guggenheim, *Principes généraux de droit international public*, R.C.A.D.I., 1952, t. I, pp. 1 à 89. Commission du droit international, 3e session ; cf. Ass. Gén., Ve session A, 1958, p. 31.

(102) Avec une exception importante, qui a demeuré jusqu'à nos jours : les réserves à l'acceptation de la juridiction obligatoire de la C.P.J.I. (art. 36) n'ont jamais été soumises au consentement des autres Etats liés par la même acceptation. Comme exemples de cette pratique on peut citer les réserves de la Grande-Bretagne aux Conventions sanitaires internationales de 1894 et 1903 ; à la Convention sur le sucre, de 1902 ; la réserve des Etats-Unis à la Convention sur l'esclavage (cf. S.D.N., *Journal officiel*, 1927, n° 6, p. 800). Cf. Rapport du secrétaire général de l'O.N.U., 6 A, A/1372,20.IX.1950).

législative, la notion d'intégrité de la convention n'est pas inspirée, nous semble-t-il, par la notion de contrat, mais plutôt par le principe d'effectivité. C'est l'effectivité conférée à une règle posée par un grand nombre d'Etats qui limite, à l'égard de cette norme, la liberté des autres Etats. Ainsi, apparaît ici encore la fonction créatrice de l'effectivité, au travers des techniques juridiques : en raison de l'effectivité qui leur est conférée par un nombre élevé d'Etats, les règles posées par certaines conventions multilatérales revêtent un caractère quasi objectif, elles sont plus rigides ; elles tendent à s'imposer aux autres Etats, qui ne peuvent unilatéralement les modifier, et qui doivent les accepter sans changement ou se tenir purement et simplement à l'écart de la communauté conventionnelle qui a posé la règle.

Mais, si cette règle, qui limite l'usage des réserves, trouve son fondement dans le principe d'effectivité, elle trouve aussi dans ce principe sa limitation pratique. A l'égard de certaines conventions multilatérales non politiques (conclues, par exemple, dans les domaines technique, humanitaire, etc.), les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Et, au regard de ces fins, il est souvent nécessaire d'assurer à la convention une *application effective* aussi large que possible, et pour cela d'accueillir les réserves pour agrandir au maximum le cercle des participants ; cette tendance est encore renforcée par la pratique récente de l'adoption des conventions multilatérales à majorité qui incline les contractants à multiplier les réserves. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'avis consultatif de la C.I.J. sur la validité des réserves à la convention du 7 décembre 1948 pour la prévention et la répression du génocide, du 28 mai 1951 (103). Dans cet avis, qui est d'ailleurs limité à un cas d'espèce où des considérations d'humanité tenaient une grande importance, la Cour, après avoir précisé que la réserve, pour être admissible, doit être compatible avec l'objet et le but de la convention, a admis qu'un Etat qui a formulé une réserve à laquelle une ou plusieurs parties font objection, les autres n'en faisant pas, peut, cependant, être considéré comme partie à la convention.

L'avis de la Commission du Droit International de l'O.N.U. sur le problème des réserves aux conventions mulilatérales fait expressément référence à l'avis rendu par la Cour, mais ne tranche pas définitivement cette question. La recommandation de la Commis-

(103) Recueil 1951, p. 15 et s.

sion, approuvée par l'Assemblée Générale, le 12 janvier 1952, constate en effet qu'aucune règle d'application uniforme ne peut, dans ce domaine, se révéler entièrement satisfaisante (104).

Dans certains cas, le principe d'effectivité conduit donc à admettre la validité des réserves, non acceptées par tous les autres Etats signataires de la convention, de manière à permettre une application effective la plus large possible d'un contenu minimum de la convention.

La réglementation restrictive des réserves, comme les possibilités d'extension dans l'usage de cette technique, sont donc fondées, semble-t-il, sur le principe d'effectivité ; ici encore la volonté des Etats joue un rôle réduit ; elle est subordonnée au principe d'effectivité.

En conclusion, il apparaît que les communautés conventionnelles d'Etats confèrent aux règles qu'elles élaborent une effectivité qui produit d'importants effets juridiques dans le sens d'une limitation de la volonté des Etats étrangers à cette communauté.

Cette effectivité repose, non seulement sur la force matérielle de la communauté d'Etats en cause, mais aussi sur sa puissance morale ou psychologique ; en effet, un groupement d'Etats a souvent une importance « relationnelle » supérieure à sa puissance réelle (105).

Leur effectivité confère à ces règles une certaine rigidité. Elle diminue la liberté des Etats tiers par rapport à ces normes et elle peut même la supprimer entièrement en pratique, lorsque l'Etat tiers, pour rompre son isolement, est amené à adhérer purement et simplement à la convention en question (106).

L'effectivité tient donc une place importante dans le domaine de l'élaboration conventionnelle du droit international (qui se trouve être paradoxalement le domaine de prédilection des théories volontaristes) ; elle y manifeste sa fonction créatrice, médiatisée

(104) Les membres de la commission ont cependant estimé que la pratique suivie par le Secrétaire général pouvait servir de modèle dans ce domaine ; selon cette pratique « un Etat ne peut formuler une réserve en signant ou en ratifiant une convention ou en y adhérant avant son entrée en vigueur, qu'avec le consentement de tous les Etats qui, jusqu'à la date d'entrée en vigueur, ont ratifié ladite convention ou y ont adhéré ; il ne peut formuler de réserve après la date d'entrée en vigueur qu'avec le consentement de tous les Etats qui ont déjà ratifié ladite convention ou y ont déjà adhéré ».

(105) N'est-ce pas actuellement globalement le cas des Etats du tiers du monde ?

(106) Les groupements d'Etats peuvent à la limite donner naissance par la voie conventionnelle à de véritables situations objectives, valables *erga omnes*, comme nous le montrerons ultérieurement. L'effectivité conférée à la règle par le groupement d'Etats a dans ce cas un effet radical : elle supprime la relativité des effets de la convention.

par des techniques juridiques qui produit effet directement, mais qui n'en est pas moins nette.

Cette même fonction de l'effectivité apparaît à l'étude des techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales.

Section *III*

L'EFFECTIVITE CONDITIONNE CERTAINES TECHNIQUES D'ELABORATION DES DECISIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Les organisations internationales possèdent des organes capables de manifester d'une manière permanente une volonté juridiquement distincte de celle des Etats membres ; ces organes exercent des « compétences relationnelles » (par lesquelles les organisations établissent des relations avec les autres sujets du droit international) et des « compétences structurelles » ; dans l'exercice de ces dernières compétences, les organisations internationales prennent diverses décisions (décisions proprement dites, recommandations, avis, etc.) souvent obligatoires pour leurs membres, qui constituent le droit interne des organisations.

La nature juridique des actes accomplis par les organisations internationales, dans l'exercice de leurs compétences structurelles, prête à discussion (107).

Certains auteurs soutiennent que ces actes sont une forme spéciale d'accords internationaux (108). Cette théorie, qui s'efforce de ramener systématiquement l'élaboration du droit international à un fondement volontariste, n'est pas pertinente : elle ne justifie pas, en particulier, l'élaboration majoritaire des décisions par les organisations, ni le développement des compétences des organisations au-delà des limites prévues par leurs chartes constitutives.

Selon un autre point de vue, les règles du droit interne des organisations internationales font partie du droit international public général, mais elles en constituent une branche spéciale, soumise à des principes distincts (109).

(107) Cf. Lazar Foscaneanu, *Le droit interne de l'O.N.U.*, *A.F.D.I.*, 1957, pp. 315 à 349. Nous n'examinerons ici que les actes juridiques pris par les organisations internationales dans l'exercice de leurs compétences structurelles, internes, car ces actes posent de véritables règles, sont une source de droit.

(108) Cf. par exemple Anzilotti, *Cours de droit international*, traduction française d'après la 3e édition italienne par G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p. 295.

(109) Cf. par exemple Mlle S. Basdevant, (Mme S. Bastid), *Les fonctionnaires internationaux*, thèse, Paris, 1931, 283 p.

D'autres auteurs, enfin, soutiennent l'autonomie de ce droit interne des organisations internationales ; selon cette théorie, qui se rattache à celle de l'institution d'Hauriou, la communauté internationale est composée, d'une part, d'Etats, d'autre part, de certaines entités qui sans être des Etats, possèdent la personnalité juridique internationale, sont sujets du droit international, et secrètent, comme les Etats, un corps de règles constitutif d'ordres juridiques (110).

Cette dernière théorie est la plus satisfaisante.

Mais, quel que soit le point de vue adopté, l'étude de l'exercice des compétences structurelles des organisations internationales est une branche du droit international public et les décisions des organisations internationales donnent naissance, dans « l'ordre interne » des organisations (et dans une mesure variable) à de véritables règles juridiques ; c'est à ce titre qu'elles sont examinées ici (111).

L'effectivité exerce dans ce domaine sa fonction créatrice sous une forme indirecte ; il s'agit ici d'une effectivité élaborée, médiatisée par la technique juridique, mais dont le rôle est très important.

Il est difficile de tirer des conclusions à la fois globales et précises d'une étude des organisations internationales ; chacune d'elles est en effet instituée selon des principes et des techniques variables, contenus dans sa charte constitutive. L'élément volontariste joue ici un grand rôle, les Etats modelant suivant leurs convenances le régime des organisations qu'ils établissent.

Mais certaines règles générales communes à toutes les organisations internationales peuvent être dégagées ; un important effort de la doctrine moderne se poursuit dans ce sens.

Les organisations internationales sont soumises, dans l'élaboration de leurs décisions, au principe général d'effectivité.

En effet, l'effectivité conditionne les techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales à un double point de vue : l'inégalité des Etats est prise en considération par les Chartes constitutives, dans le but de permettre aux décisions de l'organisation d'être dotées d'une plus grande efficacité ; c'est l'état de fait, la situation effective, constituée par l'inégalité des Etats qui est prise en considération pour rendre plus efficace les déci-

(110) Cf. P. Reuter, *Organisations internationales et évolution du droit, dans l'Evolution du droit public,* Etudes offertes à A. Mestre, Paris, Sirey, 1956, p. 457 ; Foscaneanu, *op. cit.*, p. 325.

(111) L'étude des compétences relationnelles des organisations, qui pose des problèmes d'effectivité, sera entreprise ultérieurement, à propos de l'opposabilité des situations juridiques d'origine conventionnelle.

sions des organisations. Plusieurs techniques accordent, dans ce but, aux « grandes puissances » et aux « Etats intéressés », un rôle privilégié au sein des organisations internationales. D'autre part, à cet aspect qualitatif de l'effectivité, s'ajoute un aspect quantitatif : les groupements d'Etats, susceptibles de constituer des majorités, sont pris en considération dans les chartes des organisations internationales et jouent un rôle particulier dans l'élaboration de leurs décisions.

Dans ces deux hypothèses, apparaît la fonction créatrice de l'effectivité ; la volonté des Etats, leur liberté, aussi bien que leur théorique égalité, sont ici limitées par l'effectivité dans sa fonction créatrice.

§ 1. — L'élaboration des décisions des organisations internationales et l'inégalité des Etats.

Pour doter les décisions des organisations internationales d'une suffisante d'effectivité, il est nécessaire de traduire juridiquement les inégalités de fait qui existent entre les différents Etats membres des organisations : une certaine pondération est ainsi instituée, qui a pour effet de donner un rôle prépondérant dans l'élaboration des décisions aux Etats qui sont en situation de garantir leur effectivité.

Certes, les diverses organisations satisfont différemment à cette exigence : une étude détaillée des chartes constitutives des organisations ne paraît cependant pas nécessaire pour montrer le rôle particulier accordé, dans les organisations, aux Etats intéressés et aux grandes puissances : quelques exemples significatifs suffiront à montrer, dans ce domaine, la fonction créatrice de l'effectivité.

A. — Le rôle des « Etats intéressés » dans les organisations internationales.

La notion d'Etat intéressé est d'un contenu éminemment variable ; elle désigne la position particulière d'un Etat lié directement, pour des raisons de fait, à une situation juridique donnée ; ces raisons de fait sont d'ordre politique, militaire, économique, géographique etc., et elles doivent être appréciées à l'occasion de chaque problème envisagé.

Par exemple, les Etats intéressés à la réglementation de la circulation sur une voie d'eau à usage international pourront être, à des points de vue différents, les Etats riverains, les Etats utilisant pratiquement la voie d'eau en question ou encore les Etats titulaires

de la plus grande force matérielle dans la région du monde envisagée (et susceptibles, par conséquent, de garantir l'effectivité des règles relatives à la circulation sur cette voie d'eau) ; de même, les Etats intéressés à l'élaboration d'un statut de neutralité seront, soit les Etats géographiques voisins de la zone en question, soit des Etats éloignés de cette zone, mais liés économiquement ou politiquement aux Etats qui en sont le plus proche.

La notion d'Etat intéressé est donc imprécise ; elle repose uniquement sur une appréciation de données de fait. Mais c'est une notion juridique, car la qualité d'Etat intéressé, lorsqu'elle est établie, emporte d'importantes conséquences juridiques, notamment en ce qui concerne l'élaboration des décisions des organisations internationales. Les difficultés qui s'attachent dans chaque circonstance à la détermination des Etats intéressés ne doivent pas, nous semble-t-il, conduire à écarter cette notion du vocabulaire juridique ; c'est, au contraire, un effort de précision qui s'impose.

Il convient, à ce sujet, de remarquer que cette notion tend à se modifier avec le « resserrement » contemporain des hommes à la surface du globe : chaque Etat est aujourd'hui intéressé à la solution de tous les problèmes qui se posent dans la société internationale ; les grandes puissances, plus nettement que les autres Etats, peuvent manifester concrètement leur intérêt par une intervention. Les notions d'Etat à « intérêt localisé » et à « intérêt général » semblent prévaloir ; elles recoupent la notion d'Etat intéressé. Les Etats intéressés ont, dans l'élaboration des décisions des organisations, un rôle privilégié en raison de leur aptitude particulière à établir et à maintenir l'effectivité de la décision considérée. En particulier, la qualité d'Etat intéressé est prise en considération pour la composition des organes compétents pour élaborer la décision.

Quelques exemples le montreront clairement.

Le Conseil de tutelle de l'O.N.U. comprend des membres élus pour trois ans, en nombre tel que les Etats qui administrent des territoires sous tutelle et ceux qui n'en administrent pas sont également représentés ; ainsi, les Etats qui administrent des territoires sous tutelle sont, en raison de leur qualité d'Etats intéressés, plus étroitement associés à l'élaboration des décisions du Conseil (112).

(112) La Charte des Nations-Unies a fréquemment recours à la notion d'Etat intéressé : l'article 79 par exemple prévoit que « Les termes du régime de tutelle... feront l'objet d'un accord entre les Etats directement intéressés ». (Sur les difficultés d'application de cet article, cf. A. MATHIOT, *Le statut des territoires dépendants d'après la Charte des Nations-Unies*, R.G.D.I.P., 1946, pp. 159-209. *Les territoires non autonomes et la Charte des Nations-Unies*, Revue juridique et politique de l'Union française, n° 4, 1948 et n° 1, 1949). De

Les institutions spécialisées des Nations Unies fournissent également de nombreux exemples du rôle privilégié habituellement dévolu aux Etats intéressés.

Le Conseil d'administration de l'O.I.T. compte, parmi les vingt représentants des gouvernements, dix représentants des membres dont « l'importance est la plus considérable du point de vue industriel » ; il détermine lui-même, chaque fois qu'il y a lieu, les membres dont l'importance est la plus considérable (art. 7/1-3). Ainsi se trouve établie, au sein de cet organisme, une remarquable inégalité fonctionnelle au profit des Etats les plus intéressés.

Le Conseil de la S.D.N., appelé à interpréter ce texte, a fait une exacte application du principe d'effectivité : il a pris en considération les divers éléments susceptibles de caractériser « l'intérêt » d'un Etat dans le domaine industriel, en s'efforçant de tenir compte de toutes les données d'un ensemble complexe (113).

Le Conseil de l'O.A.C.I. en offre un autre exemple ; il comprend vingt et un représentants d'Etats membres élus par l'Assemblée ; celle-ci doit, en application des dispositions de l'article 50 *a*, *b*, de la Convention de Chicago, donner une représentation appropriée :

1° aux Etats d'importance majeure en matière de transport aérien ;

2° aux Etats non représentés par ailleurs qui contribuent le plus à fournir des facilités pour la navigation civile internationale ;

3° aux Etats non représentés par ailleurs dont la désignation assure la représentation au Conseil de toutes les principales régions géographiques du monde ; ici encore, la notion d'Etat intéressé est, à divers points de vue, prise en considération.

La Convention relative à la création d'une organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, signée le 17 mars 1958, prévoit, entre autres organes, un Conseil et un Comité de la sécurité maritime. Le Conseil comprend seize membres, dont six sont les représentants des gouvernements qui sont le plus

même, selon l'article 31 de la Charte, les Etats « dont les intérêts sont particulièrement affectés » par une affaire inscrite à l'ordre du jour du Conseil de Sécurité, peuvent y siéger sans participer aux votes.

(113) Cf. R. COURTIN, *L'organisation internationale du travail*, thèse, Paris, 1923, et C. ARGENTIER, *Les résultats acquis par l'O.I.T. de* 1919 *à* 1929, thèse, Paris, 1930. M. COLLIARD, commentant la décision du Conseil écrit : « Il a résisté à la tentation de facilité, s'est refusé à considérer qu'il suffisait de se référer à des tableaux statistiques publiant la valeur totale de l'outillage national, la valeur de la production annuelle ou quelque autre critère purement matériel analogue. Partant de la considération que le but de l'organisation était la protection des travailleurs il n'a pas fait abstraction des aspects sociaux et humains du problème ». Cf. COLLIARD, A.F.D.I., 1960, p. 359.

intéressés à fournir des services internationaux de navigation maritime, six représentants des gouvernements d'autres pays qui sont les plus intéressés dans le commerce international maritime, deux sont élus par l'assemblée parmi les gouvernements des pays qui ont un intérêt notable à fournir des services internationaux de navigation maritime et deux sont élus par l'assemblée parmi les gouvernements d'autres pays qui ont un intérêt notable dans le commerce international maritime (art. 17). Le Conseil détermine quels sont les pays que désignent chacune de ces catégories.

Le Comité de sécurité maritime se compose de son côté de quatorze membres élus par l'assemblée parmi les représentants des pays membres qui ont un intérêt important dans les questions de sécurité maritime. L'article 28 prend en considération à ce point de vue l'importance de la flotte, le nombre des ressortissants du pays entrant dans la composition des équipages, le nombre des passagers de cabine et de pont. Des difficultés se sont d'ailleurs élevées sur l'application de cette convention, en raison notamment de l'existence de pays possédant une flotte sous pavillon de complaisance : ces pays doivent-ils être considérés comme entrant dans l'une des catégories d'Etats intéressés prévues malgré l'ineffectivité du lien juridique qui les rattache à leurs navires ? L'assemblée de l'O.M.C.I. a saisi la C.I.J. de cette difficulté le 19 janvier 1959, conformément à l'article 65, paragraphe 2, de son statut. Les conséquences juridiques de la notion d'Etat intéressé apparaissent ici en pleine lumière.

L'avis rendu par la Cour, le 8 juin 1960, ne fait pas application de la théorie de la nationalité effective : mais il est à cet égard très critiquable (114).

Les organisations européennes font également appel à cette notion ; on constate, dans ces organisations, une pondération de droit et une pondération de fait au profit des Etats les plus intéressés (115).

Les Conseils des Communautés Européennes adoptent en principe leurs décisions à la majorité, mais, pour éviter les majorités de rencontre, la décision doit en général être adoptée par au moins deux des Etats les plus puissants. Parallèlement d'ailleurs, certaines dispositions sont prises pour éviter l'écrasement des Etats les moins importants (116).

(114) C.I.J., Recueil 1960, p. 150. Cf. C.A. COLLIARD, A.F.D.I., 1960, p. 338 et s., et *infra*, 2e partie, chapitre 3.

(115) REUTER, *Cours d'organisations européennes*, Licence et D.E.S., Paris, 1959-1960, polycopié, p. 255.

(116) Pour le détail de ces règles, cf. notamment « Les conseils des communautés européennes », J.M., A.F.D.I., 1961, pp. 632 à 667.

Du Conseil de l'Europe à l'Assemblée Parlementaire Européenne, la représentation des trois Grands a augmenté corrélativement à l'augmentation du nombre total des membres de l'assemblée, pour maintenir leur place privilégiée ; mais cette prépondérance de la représentation de l'Allemagne, de l'Italie et de la France, correspondant à leur plus grande importance politique et économique, est corrigée au profit du Benelux dans l'assemblée de la C.E.C.A. pour tenir compte de l'intérêt particulier des Etats membres du Benelux en matière de charbon et d'acier (117).

Enfin, la qualité d'Etat intéressé peut être reconnue à un Etat, au sein des organisations européennes, à l'occasion de certains problèmes particuliers qui le concernent plus directement (118).

L'intérêt plus ou moins grand qu'un Etat porte à un problème peut tenir soit à l'objet de la mesure envisagée, soit à la situation particulière de cet Etat.

A la première situation a répondu le système des accords partiels dans les organisations européennes (119) ; à la seconde, certaines pratiques de vote rappelant le privilège des grandes puissances au Conseil de Sécurité. Par exemple, en raison de l'importance économique particulière de la France et de l'Allemagne au sein de la C.E.C.A., pour l'adoption par le Conseil des Ministres d'un avis conforme, la majorité ne peut se former contre ces deux Etats ; (la majorité doit être de quatre voix sur six si la France et l'Allemagne en font partie, ou de trois voix en deuxième lecture, y compris celles de la France et de l'Allemagne.)

A cette pondération de droit prévue par les chartes constitutives, s'ajoute une pondération de fait ; selon la constatation de M. Reuter « tout en respectant la totale indépendance des organes, une fois qu'ils sont nommés, les Etats se soucient de pratiquer une

(117) Cf. Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953. N. Catalano, *Manuel Juridique des Communautés Européennes*, Paris, Eurolibri, 1962.

(118) Comme le fait remarquer M. Vignes (Le principe de l'unanimité dans les organisations européennes, A.F.D.I., 1955, pp. 111 à 119 et ici p. 116) : « Il peut être difficile d'intéresser certains Etats à une décision qui ne les concerne pas ; par contre, certains Etats peuvent être, vis-à-vis d'une mesure, dans une situation d'intérêts prépondérants ; la participation d'autres Etats à l'examen de cette mesure semblerait une intrusion ». D.H. Vignes fait remarquer (p. 112) que « La règle de l'unanimité est donc observée par les organismes européens pour assurer l'égalité et la souveraineté des Etats membres mais elle subit une éclipse dès l'instant où elle a à faire face à des inégalités de fait entre ces Etats ».

(119) L'article 14 du pacte instituant l'O.E.C.E. par exemple est ainsi libellé : « A moins que l'organisation n'en décide autrement pour des cas spéciaux, les décisions sont prises par accord mutuel de tous les membres. Dès lors qu'un membre déclare ne pas être intéressé à une question son abstention ne fait pas obstacle aux décisions, qui sont obligatoires pour les autres membres ».

répartition pondérée des nationalités dans la désignation, lorsque celle-ci est abandonnée à leur consentement unanime » (120).

Les exécutifs des communautés européennes et la Haute autorité font ainsi l'objet d'une pondération de fait qui permet de tenir compte de la qualité des Etats les plus importants et les plus intéressés.

Il est assez remarquable de constater que cette pondération qualitative des organisations internationales, qui amène à accorder une position privilégiée aux Etats les plus intéressés, se rencontre surtout dans les organisations à caractère technique ; dans les organisations à caractère politique, où les susceptibilités étatiques sont plus grandes, l'égalité de principe des Etats est en général maintenue à moins qu'une entorse ne lui soit apportée dans un but politique supérieur, mais toujours en application du principe d'effectivité ; c'est le cas de l'O.N.U. qui établit un privilège des grandes puissances dans le but de garantir la paix (121).

M. Dupuy écrit à ce sujet : « La prise en considération par le droit d'une situation particulière, commune à certains Etats, mais à la réalisation de laquelle ceux-ci participent en fait inégalement, a pour effet d'effacer le principe juridique et abstrait d'égalité qualitative; à la conception générale de l'organisation politique, caractérisée par la plénitude de la compétence et l'égalité de ses membres, s'oppose l'organisation technique qui, pour peu qu'elle morde sur le réel et dépasse le simple colloque interétatique, tient compte de la part effective de chacun de ses membres à sa production et institue entre eux un système de pondération » (122).

L'analyse qui précède est certainement insuffisante pour apprécier précisément la mesure dans laquelle l'effectivité conditionne l'élaboration des décisions des organisations, par l'intermédiaire de la notion d'Etat intéressé ; il serait nécessaire, en particulier, d'examiner les pouvoirs détenus par les organes dans la composition desquels la notion d'Etat intéressé est prise en considération.

A défaut d'une telle analyse — nécessaire pour mesurer le rôle de l'effectivité, mais inutile au plan des principes — nous nous contenterons de constater que l'élaboration des décisions des organisations internationales est soumise, selon des modalités variables, au principe d'effectivité, par l'institutionnalisation généralisée de la notion d'Etat intéressé. La fonction créatrice de l'effectivité se

(120) Cf. REUTER, *op. cit.*, p. 256. Cf. JUBISAVLJEVIC, *Les problèmes de pondération dans les institutions européennes*, Sijthoff, Leyde, 1959.

(121) Cf. DUPUY, *La volonté générale, op. cit.*

(122) R.J. DUPUY, *Le traité sur l'Antarctique*, A.F.D.I., 1960, pp. 111 à 132 et ici p. 120.

manifeste ici nettement puisqu'un certain état de fait est pris en considération, pour donner naissance à des règles juridiques ; c'est cet état de fait qui conditionne les modifications apportées à l'ordre juridique ; au travers des techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales, on voit donc se manifester la fonction créatrice de l'effectivité. Celle-ci apparaît également à l'étude du rôle des grandes puissances dans les organisations internationales.

B. — Le rôle des « grandes puissances ». dans les organisations internationales.

La notion de « grande puissance », couramment employée dans l'étude des relations internationales, n'est pas seulement une notion de fait ; elle est aussi une notion juridique, mal définie certes, mais de grande importance (123).

Ces grandes puissances sont, à un moment donné du développement de la société internationale, les Etats qui ont des intérêts universels et sont en mesure de les faire prévaloir par leur force matérielle.

Les grandes puissances jouent un rôle important dans l'élaboration des décisions des organisations : les chartes constitutives institutionnalisent cette notion ; ici encore, apparaît, malgré leur grande diversité, la soumission des organisations au principe d'effectivité : seules les grandes puissances sont en effet, dans de nombreuse hypothèses, en mesure d'assurer l'effectivité des décisions de l'organisation ; l'étude de la pratique de la S.D.N. et de l'O.N.U. montre d'ailleurs que le rôle des grandes puissances tend, dans de nombreux cas, à être plus important que celui qui leur est imparti par les chartes constitutives.

1° *L'institutionnalisation de la notion de grande puissance dans les chartes constitutives.*

Les grandes puissansce jouent un rôle privilégié dans toutes les organisations internationales ; de nombreuses organisations à caractère technique, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas, institutionnalisent ce rôle des grandes puissances : ainsi se manifeste, au niveau de l'élaboration des décisions des organisations internatio-

(123) Cf. Joseph Martens, *Grandes puissances, op. cit.* Dickinson, *Equality of states* Cambridge, 1920. Charles Dupuis, *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les autres Etats avant le pacte de la S.D.N.*, 1921. Ouvrage qui montre avec beaucoup de netteté que la notion de grande puissance est une notion juridique.

nales, les conséquences juridiques de l'effectivité conférée à une décision par le soutien des grandes puissances.

Les organisations régionales n'institutionnalisent pas (sous réserve des remarques qui précèdent au sujet de la notion d'Etat intéressé) la notion de grande puissance ; leur rôle dans ces organisations reste cependant essentiel : dans la Ligue Arabe, le leadership de l'Egypte (« grande puissance » régionale), dans l'O.E.A. la prépondérance des Etats-Unis sont des phénomènes bien connus (124).

Mais c'est principalement dans les chartes constitutives des organisations universelles que la notion de grande puissance se trouve institutionnalisée.

Nous appréhendons ici directement les conséquences juridiques de l'effectivité, son importance dans le domaine de l'élaboration des décisions des organisations internationales.

Quelques remarques, suggérées par l'examen de la Charte de l'O.N.U., prise à titre d'exemple, suffiront, nous semble-t-il, pour apprécier l'importance de cette institutionnalisation de la notion de grande puissance dans les chartes constitutives.

La notion de grande puissance est un des fondements de la charte de l'O.N.U. ; le principe de leur rôle privilégié a été posé très nettement, dès les travaux préparatoires de la charte (125).

La permanence au Conseil de sécurité, le droit de veto, sont deux aspects essentiels de cette prépondérance.

Selon la formule de M. Frankenstein (126) : « Les Grands forment la seule coalition possible, non interchangeable, de majorité qualifiée, la seule coalition légale qui a la consécration de la Charte et qui seule est en droit de se prévaloir de la raison sociale des Nations Unies. Aucune autre coalition, quel que soit le bien-fondé de son intervention, sur l'arène internationale, ne possède ce droit. Sur cette puissance effective et unique des cinq Grands avait été bâtie la notion de sécurité collective et l'espoir de la paix ».

(124) Cf. sur ce point, R.J. Dupuy, *Le nouveau panaméricanisme, op. cit.*, p. 246 : « La création d'un groupement véritablement égalitaire de nations, se heurte, même une fois résolus les problèmes institutionnels, à des difficultés considérables, lorsque l'un des pays détient une puissance économique interdisant à tout autre d'entre eux de soutenir la comparaison avec lui. L'égalité juridique ne peut dissimuler la disparité des niveaux de vie ».

(125) On reconnaît aux grandes puissances un rôle de direction générale dans la vie internationale, puisqu'elles seules possèdent les forces nécessaires au maintien de la paix, disait M. P. Cot en présentant à l'assemblée consultative française, le 8 février 1945, le rapport de la commission des affaires étrangères sur les travaux préparatoires de la Charte.

(126) L'organisation des Nations Unies devant le conflit Coréen, Paris, Pédone, 1952, 344 p. (p. 22).

Cette prédominance des grandes puissances, qui porte atteinte au principe de l'égale souveraineté des Etats, a pour but de rendre effectives les décisions prises par l'organisation dans le domaine du maintien de la paix (127).

Vainement a-t-on soutenu que les Grands ont été choisis par les autres Etats pour les représenter dans le maintien de la paix et l'exercice de la contrainte internationale (128) ; cette explication est purement fictive : les petits Etats pourraient-ils à leur gré « retirer leur confiance » aux grands ?

En réalité, les grands Etats bénéficient d'une position privilégiée en raison de leur puissance effective.

C'est ce qu'affirmait la C.P.J.I., dans son avis n° 12 : « Il serait difficilement concevable que des résolutions sur des questions affectant la paix du monde puissent être prises contre la volonté de ceux, parmi les membres du Conseil, qui, tout en étant en minorité, devraient, en raison de leur situation politique, en supporter, pour la plus grande partie, le poids et les conséquences ». Les termes mêmes de cet avis ont été repris lors de la Conférence de San Francisco (Point 9) (129) et dans les mémorandums égyptien, hollandais, turc, indien et bolivien, à Dumbarton Oaks (130).

C'est la détermination des grandes puissances qui a posé le plus de problèmes concrets et qui suscite le plus de controverses doctrinales.

La représentation égalitaire au sein de l'Assemblée générale et la définition arbitraire d'une catégorie de cinq grandes puissances peuvent paraître des techniques trop simplistes (131).

(127) Cavaré, *Les sanctions dans le cadre de l'O.N.U.*, R.C.A.D.I., t. 80, pp. 191-291.

(128) Sir Francis Bell, *Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans les organisations*, Mélanges Mahani, Paris, 1955, p. 106 et s. Jean Ray, *Commentaire du pacte de la S.D.N.*, Paris, 930, p. 109.

(129) *U.N.C.I.O.*, vol. XI, p. 756.

(130) *U.N.C.I.O.*, vol. IV, pp. 640 et 457. Les études de la fondation Carnégie pour la paix internationale montrent que de nombreux petits pays reconnaissent la légitimité des conséquences juridiques de la notion de grande puissance (notamment l'Allemagne Fédérale, le Danemark, l'Inde, l'Egypte, le Japon, le Mexique, la Suède).

(131) Pour la détermination des cinq grandes puissances on a pris officiellement en considération à San Francisco la contribution apportée par les membres de l'organisation au maintien de la paix et de la sécurité internationale et à la réalisation des autres idéaux de l'organisation, les garanties concernant la défense active de l'ordre international et les moyens d'y participer efficacement, des combinaisons d'éléments comprenant la population, la capacité industrielle et économique, les contributions en forces armées et la contribution au cours de la 2e Guerre mondiale. En fait les cinq Grands sont le club des vainqueurs ; la représentation de la Chine par le Gouvernement nationaliste contribue gravement à fausser la notion de grande puissance.

« On est en droit de se demander si l'Inde avec ses quatre cents millions d'habitants ou l'Indonésie, ou le Pakistan, ou le Japon avec une centaine de millions, peuvent être considérés comme de petits pays si on les compare à la France ou à la Grande-Bretagne » (132).

Les efforts qui ont été tentés, notamment par le Canada à la conférence de San Francisco, pour faire admettre une troisième catégorie de puissances, « les puissances moyennes », n'ont pas abouti (133).

Dans le même esprit, on a proposé d'adopter une représentation pondérée au sein des organisations internationales qui réaliserait une véritable démocratie internationale.

La pondération apparaît comme un ensemble de techniques selon lesquelles la compétence juridique des Etats au sein des organisations internationales est proportionnée à leur responsabilité internationale et à leur rôle dans l'organisation.

Elle consiste donc à mesurer l'effectivité de l'Etat, à déterminer objectivement et aussi précisément que possible, le ou les indices de l'importance internationale d'un Etat et à en tirer les conséquences à propos des compétences de l'Etat dans l'organisation (134).

E. Giraud, par exemple, a proposé de distinguer cinq catégories d'Etats, allant des très petits Etats (qui disposeraient d'une seule voix) aux très grandes puissances (cinq voix) (135).

Mais la difficulté est évidemment de déterminer *de lege feranda* des critères acceptables de pondération des voix. Doit-on tenir compte de la population (comme au Conseil de l'Europe), de la superficie, du revenu national global ou individuel, du volume du commerce extérieur ?

Des indices de pondération ont été scientifiquement établis en tenant compte de ces différents éléments ; ils permettent d'arriver au même résultat quelles que soient les combinaisons d'indices

(132) Marc, Stanislas Korwicz, *Organisations internationales et souveraineté des Etats membres*, Pedone, 1961, p. 202.

(133) Cf. Bourquin, *L'Etat souverain et l'organisation internationale*, New York, 1959. Dotation Carnegie pour la paix mondiale. G. Tenekides, *Grands et petits Etats dans l'organisation internationale* (ou des moyens d'assurer l'égalité entre grands et petits Etats au sein des associations confédérales). Revue Hellenistique de droit international, 1955, p. 148 et s.

(134) Cf. R. Drago, *La pondération dans les organisations internationales*, A.F.D.I., 1956, pp. 529 à 547. R.J. Dupuy, *L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale*, R.G.D.I.P., 1957, p. 527 et s.

(135) E. Giraud, *Critique du principe de l'égalité du suffrage dans l'assemblée générale*, t. 90, 1956, p. 409, « que devient l'égalité des individus écrit E. Giraud, quand 300 millions d'Indiens pèsent autant que 140.000 Islandais, ou un million de Nicaraguens autant que 50 millions d'Anglais ? »

effectuées (136). Il apparaît donc qu'une répartition plus équitable des pouvoirs des Etats, au sein des organisations internationales, serait possible en faisant une application systématique du principe d'effectivité, et en s'efforçant de le mettre en œuvre avec plus de précision, plus scientifiquement qu'on ne l'a fait jusqu'ici.

Mais le principe de la souveraineté des Etats, et leur lutte contre les tendances fédéralistes au sein des organisations internationales empêchent cette technique de s'affirmer, sauf dans certaines organisations purement techniques où les susceptibilités étatiques sont moins sensibles (137).

Ces quelques explications montrent que la notion de grande puissance est déterminée davantage par des critères politiques que techniques ; elle est, dans une large mesure, arbitraire, son institutionnalisation dans les chartes constitutives d'organisations internationales exprime cependant la soumission de ces organisations au principe d'effectivité.

L'effectivité, dans son aspect qualitatif, conditionne ainsi les techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales.

Cette constatation est confirmée par un examen du rôle tenu en pratique par les grandes puissances dans les organisations internationales.

2° Le rôle des grandes puissances dans la pratique des organisations internationales.

Une étude exhaustive des organisations internationales sur ce point serait très longue ; elle impliquerait l'examen détaillé de chacune des organisations et mettrait en relief de nombreuses différences de détail ; un principe commun régit toutefois toutes les organisations : c'est le rôle prépondérant qu'y détiennent en droit et en fait les grandes puissances.

Notre recherche sera arbitrairement limitée ici aux exemples de la S.D.N. et de l'O.N.U. très significatifs d'ailleurs sur ce point.

(136) Rapport du Comité d'experts au Conseil d'Administration de l'O.I.T. Procès-verbaux, 12e *session du Conseil d'administration*, mai 1954, p. 57 et s.

(137) L'Institut international d'agriculture notamment, offre un exemple d'application de ces techniques ; le nombre de voix détenu par chaque Etat est fonction de sa participation financière à l'organisation ; les Etats sont répartis en cinq groupes ; les Etats du groupe 1 disposent de cinq voix et versent 16 unités de souscription ; les Etats du groupe cinq ont une voix et versent une unité de souscription. D'autre combinaisons analogues sont concevables pour appliquer avec plus de précision, le principe d'effectivité aux organisations internationales.

a) *Le rôle des grandes puissances dans la pratique de la S.D.N.*

La S.D.N. disposait, selon son pacte constitutif, d'un certain nombre de compétences dont l'exercice était réparti également entre le Conseil et l'Assemblée.

La fonction créatrice de l'effectivité dans la pratique de la S.D.N. se manifeste notamment à deux points de vue : c'est le Conseil qui a exercé en fait les compétences de la S.D.N. et ces compétences ont été exercées très différemment à l'égard des grands et petits Etats. Pour l'ensemble des actions concernant le maintien de la paix, l'Assemblée bénéficiait des mêmes compétences que le Conseil (sauf article 11, § 1) ; elle statuait dans les mêmes conditions que le Conseil avec l'approbation des Etats membres du Conseil, à l'exclusion des parties au différent, et à la majorité des autres membres (art. 10, § 10). Mais, en pratique, la plupart des soixante-six affaires soumises à la S.D.N. furent confiées au Conseil ; les raisons de cette prépondérance de fait du Conseil sont multiples : il était un organe plus restreint que l'Assemblée, se réunissait plus souvent, etc., et offrait donc des qualités « techniques » supérieures. Mais surtout, le Conseil était l'organe dans lequel les grandes puissances pouvaient le plus simplement faire prévaloir leur opinion ; c'est au Conseil que pouvait le mieux s'exprimer l'unité et l'accord des grandes puissances sur lequel reposait fondamentalement l'exercice des compétences de la S.D.N. En cas d'union des grands, le Conseil représentait la puissance effective de la S.D.N. ; et c'est en raison de l'effectivité qu'il pouvait conférer à ses décisions que le Conseil a vu ses compétences s'accroître, pratiquement, très sensiblement.

D'autre part, l'action de la S.D.N. a été très différente à l'égard des grands et des petits Etats ; son influence sur les grands Etats a été à peu près nulle — elle n'a pas sanctionné leurs agressions, n'a pas imposé la modération aux grandes puissances disposées à aller plus loin qu'elle dans la voie de la répression —. Les Grands ont obtenu en fait de la S.D.N. une abstention totale ou un renforcement de leur action (138) ; c'est que les décisions de la S.D.N. à leur égard se trouvaient dépourvues d'effectivité.

En revanche, la S.D.N. a exercé un pouvoir bienfaisant sur les différents ou les conflits qui opposaient entre eux les petits Etats ; ceux-ci ont dû, de gré ou de force, sous la pression de l'organisation, consentir de vastes sacrifices. Certes, les concessions obtenues ont été plus souvent volontaires que forcées ; mais elles le furent

(138) Cf. Stanley Hoffmann, *Organisations internationales et pouvoirs politiques des Etats*. Cahiers de la F.N.S.P., n° 52. Colin, 1954, 428 p., p. 258.

en raison de la pression que constituait, pour les petits Etats, une décision de la S.D.N. appuyée par les grandes puissances unanimes.

Les compétences de la S.D.N. dépendaient donc en définitive de considérations d'effectivité.

La même conclusion s'impose à l'examen de la pratique de l'O.N.U.

b) *Le rôle des grandes puissances dans la pratique de l'O.N.U.*

La charte de l'O.N.U. pose en principe le rôle prépondérant du Conseil de sécurité dans la domaine du maintien de la paix. Au sein du Conseil, les grandes puissances, dotées du droit de veto, ont un rôle privilégié. Lors de l'élaboration de la Charte des Nations Unies, les Grands s'étaient d'ailleurs fortement opposés au principe, soutenu par certains Etats, d'un parallélisme entre les attributions du Conseil et celles de l'Assemblée, de manière à maintenir le rôle subordonné de celle-ci « Les cinq grandes puissances unanimes peuvent donc tout faire, sans que puisse prévaloir contre elles, ni même se prononcer, la majorité des Etats membres de l'organisation (tout au moins selon la lettre et l'esprit de la Charte)... La Charte institue une hégémonie collective des grandes puissances sur les autres, acceptée et garantie par des moyens juridiques puisque les décisions du Conseil de sécurité sont obligatoires aux termes de l'article 25 » (139).

Aussi, peut-on constater que l'O.N.U. a exercé une influence souvent très grande sur les petits Etats ; leur politique extérieure a dû souvent tenir le plus grand compte des décisions de l'O.N.U. (Israël, le Liban, le Congo en sont autant d'exemples).

Il est d'ailleurs important de souligner à ce propos que, parmi les grandes puissances elles-mêmes, les Etats-Unis et l'U.R.S.S. détiennent une hégémonie incontestable : l'affaire de Suez a bien montré que la France et la Grande-Bretagne étaient incapables de mettre en œuvre une politique opposée à celle que soutenaient d'un commun accord les deux « super-grands ». La résolution bien connue de l'Assemblée générale dite « Union pour le maintien de la paix », qui a pour but de transférer à l'Assemblée certaines compétences nouvelles — comme nous le verrons plus loin — n'a d'ailleurs pas eu pour effet de déssaisir réellement les grands de leurs pouvoirs au sein de l'O.N.U. Seules les grandes puissances sont, en effet, capables — ne serait-ce qu'au plan du financement —

(139) Cf. Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 36. Nous verrons que sur ce point des changements importants sont apparus dans la pratique de l'O.N.U.

d'assurer la mise en œuvre effective des décisions de l'organisation (comme le montre nettement l'affaire du Congo).

L'influence des grands au sein de l'Assemblée elle-même demeure d'ailleurs considérable : les pressions qu'ils exercent sur les petits Etats membres de leurs « clientèles » notamment, ne doivent pas être oubliées.

La pratique de l'O.N.U. indique donc clairement le rôle de l'effectivité dans l'élaboration des décisions des organisations internationales. La prise en considération des situations effectives (au point de vue qualitatif) par les chartes constitutives d'organisations internationales, correspond au souci de doter les décisions de ces organisations de la plus grande efficacité et de la plus grande effectivité possible.

Mais l'effectivité se manifeste aussi dans ce domaine sous un aspect quantitatif : elle contribue encore, par le rôle imparti aux groupements d'Etats dans les organisations internationales, à conditionner l'élaboration des décisions de ces organisations.

§ 2. — L'élaboration des décisions des organisations internationales et les groupements d'Etats.

Les décisions des organisations internationales peuvent être prises soit à l'unanimité, soit à la majorité.

La règle de l'unanimité est la transposition au sein des organisations internationales, de la technique classique des conventions internationales, respectueuse de la souveraineté des Etats.

On la rencontre habituellement dans les organisations plus politiques que techniques, car les susceptibilités étatiques sont plus accusées dans l'ordre politique ; la souveraineté, qui est le pouvoir de dire non, produit alors tous ses effets.

Au contraire, dans les organisations à caractère technique, les Etats consentent plus facilement à se départir en faveur des organes de l'institution, de certaines de leurs compétences, et permettent ainsi à l'organisation de prendre des décisions qui s'imposent *de jure* à la minorité. On peut citer, par exemple, les décisions du Conseil de l'O.E.C.E. (aujourd'hui O.C.D.E.) qui, selon l'article 13 (*a*) de l'acte institutif de cette organisation, doivent être exécutées par les Etats membres (140). Les annexes techniques prévues par la Charte institutive de l'O.A.C.I. sont également obligatoires pour

(140) Cf. Freymond, *Les « décisions » de l'organisation européenne de coopération économique*, Annuaire Suisse de droit international, vol. II, 1954, p. 65 et s.

les Etats membres lorsqu'elles sont adoptées par le Conseil à la majorité des deux tiers (la résolution ne devient pas obligatoire si la majorité des Etats membres notifie au Conseil sa désapprobation).

Mais il est encore plus fréquent que les décisions prises par les organisations à la majorité simple ou qualifiée n'aient pas le caractère obligatoire : il s'agit alors d'avis, de recommandations, de résolutions. Les décisions de l'Assemblée générale des Nations Unies sont de ce type ; la résolution 377 *v*, dite union pour le maintien de la paix, a eu pour effet de permettre à l'Assemblée, dans tous les cas où le Conseil de Sécurité (en face d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression) manque à s'acquitter de sa responsabilité principale — du fait que l'unanimité n'a pu se réaliser parmi les membres permanents — d'examiner la situation, au besoin en session extraordinaire réunie d'urgence.

Dans ce cas, la majorité se reconnaît le droit de faire aux membres les recommandations appropriées sur les mesures collectives à prendre (141). De nombreuses organisations permettent de même à la majorité de prendre certaines recommandations non obligatoires.

Le rôle de l'effectivité sous son aspect quantitatif apparaît ici très nettement dans l'élaboration des décisions des organisations internationales ; deux remarques doivent être faites à ce sujet.

Les décisions prises à la majorité sont souvent dépourvues de force obligatoire ; cette solution n'est pas surprenante, car la règle de la majorité a pour effet de conférer le pouvoir de prendre des décisions à ceux qui n'ont pas les moyens d'en assurer l'exécution, au moins par la force. Mais ces décisions ont pourtant une grande force psychologique en raison du nombre élevé d'Etats qui les adopte ; cette force morale n'est pas négligeable, à une époque où l'opinion publique joue un rôle croissant dans les relations internationales.

De plus, certaines de ces décisions, non obligatoires, ont cependant des effets juridiques ; un refus injustifié, délibéré, systématique, d'un membre de l'organisation, de tenir compte d'une telle recommandation peut non seulement mettre cet Etat dans une position difficile sur le plan de l'opinion publique internationale et de ses relations avec les Etats membres de l'organisation, mais peut encore constituer une violation du « devoir de coopération »

(141) Cf. Michel VIRALLY, *l'O.N.U. d'hier à demain*, 189 p., Paris, éd. du Seuil, 1961.

qui incombe à tout membre de l'organisation (142). Même si ces recommandations prises à la majorité ne sont pas obligatoires, elles sont « à la limite du droit » et donnent naissance à certaines obligations.

Les chartes constitutives des organisations internationales instituent d'ailleurs très souvent un contrôle sur les conditions dans lesquelles les Etats membres ont pris en considération les résolutions de l'organisation (143).

L'article 19, paragraphe 6, de la Constitution de l'O.I.T., par exemple, oblige les Etats membres à soumettre les recommandations de l'organisation aux autorités étatiques compétentes ; les Etats doivent « faire rapport au directeur général du B.I.T. sur l'état de leur législation et sur leurs pratiques concernant la question qui a fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure on a donné, ou on se propose de donner suite, à toutes dispositions de la recommandation et en indiquant les dispositions qui semblent ou pourront sembler nécessaires pour leur permettre de l'adopter ou de l'appliquer ».

De même, l'article 2, paragraphe 1, de la constitution de la F.A.O. énonce que « chaque Etat membre doit fournir périodiquement des rapports sur les mesures prises à la suite des recommandations ».

L'article 8 de la constitution de l'U.N.E.S.C.O., l'article 62 de la charte de l'O.M.S., la convention créant l'O.M.M. (qui prévoit même un contrôle des motifs) prescrivent des mesures analogues.

En résumé, et sans pouvoir rentrer dans le détail des chartes constitutives de toutes les organisations internationales, il apparaît que les groupements d'Etats, majoritaires au sein de l'organisation, sont susceptibles, dans des conditions d'ailleurs très variables, d'élaborer des décisions dotées d'une certaine force juridique à l'égard des Etats de la minorité ; l'explication de ce phénomène réside à l'évidence, nous semble-t-il, dans l'effectivité, à la fois matérielle et psychologique, que la majorité confère aux décisions qu'elle adopte.

Une seconde remarque peut être faite à ce sujet : les majorités se constituent au sein des organisations internationales, à partir de groupements d'Etats plus ou moins permanents ; ce phénomène de regroupement des Etats revêt, à l'époque actuelle, une grande importance politique et juridique ; la constitution de « clientèle »

(142) Cf. MALINTOPPI, *La raccomandazioni internazionali*, Milan, Giuppe, 1958.

(143) Cf. M. MERLE, *Le contrôle exercé par les organisations internationales sur les activités des Etats membres*, A.F.D.I., 1959, pp. 411 à 430.

autour des grandes puissances, la réunion d'Etats idéologiquement voisins (ce qu'on a appelé le régionalisme politique), l'union d'Etats suivant des critères géographiques (régionalisme géographique) sont des facteurs essentiels dans le fonctionnement des organisations internationales ; les groupements d'Etats, qui agissent souvent au sein des organisations comme des groupes de pression, et qui jouent un rôle capital dans l'établissement de majorités stables (comme le montre le fonctionnement de l'Assemblée des Nations Unies) révèlent un aspect important du rôle de l'effectivité quantitative dans les organisations internationales.

L'étude de l'élaboration des décisions des organisations internationales nous a permis de montrer que l'effectivité conditionne certaines techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales ; les chartes constitutives des organisations et leur pratique, tiennent le plus grand compte de l'effectivité conférée aux décisions de l'organisation par l'adhésion des grandes puissances ou des Etats intéressés (effectivité sous l'aspect qualitatif), ou par l'adhésion d'un nombre élevé d'Etats (effectivité sous l'aspect quantitatif).

Une étude systématique de chaque organisation serait nécessaire pour mesurer exactement le rôle de l'effectivité dans ce domaine ; la brève étude qui précède nous paraît établir suffisamment la fonction créatrice de l'effectivité dans ce secteur du droit international.

*
**

L'effectivité conditionne la formation de certaines règles juridiques ; elle manifeste ainsi doublement sa fonction créatrice :

— directement, dans la formation des règles coutumières qui est subordonnée à la condition nécessaire et suffisante d'une relation suffisamment étroite et durable de la norme avec la réalité ;

— indirectement, par l'intermédiaire de techniques juridiques ; dans le cas des traités multilatéraux, l'effectivité conférée à une règle juridique par l'adhésion d'un groupement d'Etats limite la liberté des Etats qui ne sont pas membres du groupement ; dans les organisations internationales, une effectivité d'ordre qualitatif (Etats intéressés, grandes puissances) ou quantitatif (majorité) détermine les conditions d'élaboration des décisions.

En d'autres termes, les diverses modalités de formation des règles juridiques internationales sont organisées — soit spontanément, comme dans le cas de la coutume, soit formellement, au niveau des techniques juridiques, dans le cas des traités multi-

latéraux et des décisions des organisations internationales — de manière à respecter le principe d'effectivité.

Les techniques de formation des règles juridiques tendent ainsi à conférer à celles-ci une effectivité nécessaire à leur existence même.

Mais, pour apprécier complètement la fonction créatrice de l'effectivité, il ne suffit pas d'examiner son rôle dans l'élaboration et dans la formation des règles juridiques ; il est nécessaire de montrer que l'effectivité fonde la validité des titres juridiques.

CHAPITRE II

L'effectivité fonde la validité des titres juridiques

L'étude de la formation de la coutume nous a permis de constater que l'effectivité fonde la validité des règles coutumières tout en conditionnant leur formation. Cette constatation peut être étendue à d'autres domaines du droit international. Dans de nombreuses hypothèses, l'effectivité fonde la validité des titres juridiques ou détermine le domaine de leur validité.

Malgré le principe de l'effet relatif des conventions, certaines situations juridiques d'origine conventionnelle qui sont dotées d'une suffisante effectivité, produisent des effets juridiques à l'égard des tiers, même si ceux-ci ne les ont pas reconnues : c'est l'effectivité qui détermine le domaine de validité de ces situations juridiques.

D'autre part, les traités conclus sous la violence, lorsque celle-ci est exercée contre un Etat contractant, sont considérés comme valables en droit international : cette règle ne peut être expliquée qu'en ayant recours au principe d'effectivité, qui fonde la validité des traités conclus dans la violence.

Enfin, les compétences étatiques sont valablement établies et opposables aux tiers, à une condition : elles doivent être effectives.

A ces divers points de vue, la validité des titres juridiques internationaux ne repose donc pas sur la volonté des Etats, mais sur leur effectivité. Celle-ci manifeste donc, dans ces différents domaines de l'ordre international, sa fonction créatrice, constitutive de règles ou de situations juridiques.

Section I

L'EFFECTIVITE DETERMINE LE DOMAINE DE VALIDITE DE CERTAINES SITUATIONS D'ORIGINE CONVENTIONNELLE

Les situations d'origine conventionnelle sont en principe inopposables aux tiers : elles ne créent, à leur égard, aucun droit, mais ne peuvent pas non plus leur imposer d'obligation.

Cette règle admet cependant de nombreuses exceptions ; le principe de l'effet relatif des traités ne s'applique pas lorsque la situation juridique créée conventionnellement est dotée d'une suffisante l'effectivité : peu importe que les tiers aient reconnu explicitement cette situation ou non, peu importe la nature juridique de cette situation : son effectivité fonde son opposabilité aux tiers, détermine le domaine de sa validité ; ici encore apparaît la fonction créatrice de l'effectivité qui modifie l'ordre international et qui limite la volonté des Etats dans la création du droit international.

§ 1. — Le principe de l'effet relatif des situations d'origine conventionnelle.

Le principe de l'effet relatif des traités est comparable à celui de l'effet relatif des conventions dans les ordres internes que nous rappellerons brièvement d'abord ; puis nous préciserons le contenu de ce prétendu principe de l'effet relatif des traités avant d'en énumérer les fausses exceptions.

Ces développements préliminaires sont, en effet, nécessaires pour faire apparaître clairement l'application du principe d'effectivité dans ce domaine du droit international.

A. — Le principe de l'effet relatif des conventions en droit interne et ses limites.

Les ordres internes posent, en principe, l'effet relatif des conventions (1).

(1) L'article 1165 du Code civil français par exemple, dispose que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas prévus à l'article 1121. Ce dernier article, qui fixe le régime de la stipulation pour autrui, ne limite pas véritablement le principe de l'effet relatif des contrats : il est admis en général que le droit créé au profit du tiers bénéficiaire ne se fixe définitivement que par son assentiment (cf. par exemple Ripert et Boulanger, II, n°s 624 et 625).

Mais ce principe n'est pas absolu. Il comporte des limites qui sont la conséquence de l'effectivité de la convention : celle-ci, qui modifie l'ordre juridique antérieur, peut, dans la mesure même de son effectivité, être opposée aux tiers ou être invoquée par eux au moins comme un simple fait.

Nous rappellerons brièvement à ce sujet les solutions du droit interne français, qui montrent que le principe de l'effet relatif des conventions est limité même en droit interne, par l'application du principe d'effectivité (2).

On distingue habituellement en droit interne dans l'étude des effets des conventions à l'égard des tiers trois sortes de contrats : les contrats simplement créateurs d'obligations, les contrats créateurs ou translatifs de droits réels et les contrats qui entraînent la création d'une personne morale.

Les contrats simplement créateurs d'obligations ont, en principe, un effet purement relatif. Un tiers peut cependant invoquer l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, si celle-ci lui occasionne un préjudice ; c'est le cas par exemple d'un passant blessé par une automobile qui allèguerait, contre le fabricant, l'existence d'un vice de construction; le tiers ne peut pas invoquer le contrat au titre de la mauvaise exécution ou de la responsabilité contractuelles, mais il peut l'invoquer comme un *simple fait,* et mettre en jeu la responsabilité délictuelle du cocontractant défaillant (3).

Si le tiers peut ainsi invoquer l'existence d'un contrat auquel il n'est pas partie, c'est bien en raison de l'effectivité de ce contrat, au titre de la modification effective qu'il a apportée à l'ordre juridique, comme le montre bien l'expression « simple fait » employée par exemple par la Cour de cassation.

Les contrats créateurs ou translatifs de droits réels sont opposables aux tiers car ils donnent naissance à une situation objective ; une discussion classique est d'ailleurs engagée à ce sujet entre les privatistes sur la nature des droits réels : sont-ils des droits comparables aux droits personnels, mais qui impliquent l'existence d'une infinité de sujets passifs, ou sont-ils d'une autre nature ? Sans reprendre cette discussion, nous nous bornerons à constater que, si un contrat translatif ou créateur de droits réels est opposable aux

(2) La notion de tiers à la convention donne lieu en droit interne à des discussions multiples (les héritiers *ab intestat,* les légataires universels, les donataires de biens à venir, les créanciers chirographaires sont-ils tous des tiers ? En droit international la notion de tiers à une convention est claire : sont des tiers les sujets de droit qui n'ont pas été partie à la convention. Le seul point qui prête à discussion est celui de l'Etat « successeur » ; nous ne l'examinerons pas ici car ce problème controversé nous écarterait trop de notre sujet.

(3) Cf. par exemple, Req., 23-2-1877, S. 1898.I.65, note Esmein.

tiers, c'est en raison de l'effectivité, de l'objectivité de la modification à laquelle il donne naissance dans l'ordre juridique ; les formalités de publicité organisées par les ordres internes (4) ont précisément pour but de rendre publique cette effectivité du contrat.

Enfin, les contrats entraînant la création d'une personne morale, s'imposent aux tiers ou plutôt c'est le fait de la création de la personne morale qui s'impose ; dans certains cas une publicité est nécessaire ; dans d'autres hypothèses, le fait de la création de la nouvelle personne morale s'impose dès la conclusion du contrat, mais, dans tous les cas, c'est l'effectivité du nouveau sujet de droit, l'effectivité de la modification apportée à l'ordre juridique, qui s'impose aux tiers et qui limite la relativité du contrat.

Le principe de l'effet relatif des conventions rencontre donc, dans les ordres internes, des limites nombreuses qui ont leur cause dans l'effectivité de la convention elle-même ; certes, les ordres internes, intégrés et hiérarchisés, ne prennent pas directement en considération cette effectivité : ils comportent des règles (5) légales ou jurisprudentielles qui réglementent les conséquences juridiques de l'effectivité.

Le droit international, plus primitif, accorde, au contraire, à l'effectivité non élaborée une place plus importante dans les exceptions au principe de l'effet relatif des traités ; mais, avant d'aborder cet aspect de la question, il faut rappeler le principe de l'effet relatif des traités en droit international et énumérer ses fausses exceptions.

B. — Le principe de l'effet relatif des traités et ses fausses exceptions.

1° *Le principe de l'effet relatif des traités.*

Le principe de l'effet relatif des traités a été énoncé avec vigueur par la doctrine ; sir Lauterpacht, par exemple, écrit que : « Tous les traités internationaux sont des sources du droit pour les parties qui les concluent, aucun n'est une source de droit pour les non-signataires » (6) ; cette formule pourrait être complétée par la précision qu'un traité ne saurait imposer d'obligations aux tiers.

(4) En droit français par exemple, la transcription pour une vente d'immeubles, la mutation en douane pour la vente des navires, l'inscription au bureau des hypothèses pour la transcription des hypothèques, l'enregistrement au secrétariat de la préfecture pour la cession de brevets d'invention, l'inscription au registre spécial des marques pour la cession d'une marque de fabrique, etc.

(5) Les règles de publicité par exemple.

(6) Lauterpacht, *Analogies*, p. 158.

Ainsi se trouve transposé en droit international, par l'effet des conceptions volontaristes, le principe consensualiste de l'effet relatif des contrats. De nombreux auteurs ont soutenu ce principe (7), dont la pratique internationale offre de très nombreuses illustrations.

A l'occasion de l'affaire de Fachoda, par exemple, la Grande-Bretagne, pour empêcher la France d'atteindre le Nil, prétendit lui opposer les conventions qu'elle avait conclues avec l'Allemagne en 1890, l'Italie en 1891, le Congo en 1894 : le gouvernement britannique soutenait que le gouvernement français avait parfaitement connu ces conventions et ne s'y était pas opposé ; la France rejetta, avec raison semble-t-il, les prétentions britanniques, en soutenant que des conventions auxquelles elle n'avait pas été partie ne pouvaient lui imposer d'obligations juridiques.

De nombreux traités (les conventions d'arbitrage notamment, les chartes constitutives d'organisations internationales) contiennent une clause réaffirmant ce principe.

Les décisions des diverses juridictions internationales énoncent également cette règle ; l'avis n° 5 de la C.P.I.J. rendu le 23 juillet 1923, sur le statut de la Caroline Orientale, ainsi que l'arrêt n° 7 du 25 mai 1926 sur l'affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie (8) considéraient qu'« un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties ; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats ».

L'arrêt rendu dans l'affaire des îles de Palmas énonce de même que les traités conclus par l'Espagne avec des tierces puissances en reconnaissant sa souveraineté sur les Philippines ne sauraient lier les Pays-Bas (9) ; le même principe a été appliqué par la C.P.J.I. dans l'affaire des zones franches (10).

(7) Cf. par exemple LE FUR, ANZILOTTI, CAVAGLIERI, DIENA, FEDOZZI, HALL, ROXBURGH, WHEATON, de LAUTER, VON LISTZ, K. STRUPP, HERSLEY, WILSON MOLLER et la bibliographie citée par M. SIBERT, *Cours de Droit international public ; Les traités internationaux ;* Cours, Paris, 1952-53, p. 80. La doctrine soviétique défend fermement ce principe ; cf. par exemple, PASUKANIS, OTEERKI POMEZ, *dunarodomonu. Gosizdat, sovetsoe. Tokodonel'stvo,* Moscou, 1935, p. 24 (Essais de Droit international), notamment p. 22 (Cité par J.Y CALVEZ, *Droit international et souveraineté en U.R.S.S. L'évolution de l'idéologie juridique soviétique depuis la Révolution,* Paris, Colin, 1953, 299 p. et ici p. 123).

(8) Série A, n° 7, pp. 28-29. Cf. aussi les exemples cités par H. MAC NAIR, *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique,* R.C.A.D.I., 1933, t. I, pp. 247 à 307 (notamment p. 290, note 1).

(9) Recueil, p. 19, p. 33 de la sentence.

(10) Arrêt du 7 juin 1932. D'autres juridictions internationales ont appliqué ce principe, par exemple la Commission Franco-Mexicaine des réparations, dans l'affaire *Pablo Najera,* du 19 octobre 1928. Cf. Jurisprudence de la Commission, p. 157 de la sentence.

Le principe de l'effet relatif des traités est donc un principe de droit positif (11).

2° *Les fausses exceptions au principe de l'effet relatif des traités.*

Mais, avant d'étudier les atteintes véritables portées au principe de l'effet relatif des traités, et de rechercher leur cause qui réside, nous semble-t-il, dans l'effectivité, il convient de préciser quelles sont les fausses exceptions apportées à ce principe : leur étude nous permettra de définir plus complètement le contenu du principe lui-même.

a) *La clause de la nation la plus favorisée* « oblige l'Etat A, qui la consent, à accorder à l'Etat B, qui en bénéficie, les avantages que l'Etat A viendrait à consentir à un Etat quelconque C » (12) ; elle ne constitue pas une véritable exception au principe de l'effet relatif ; elle s'analyse, en effet, en un acte-condition : c'est la survenance de la condition qui permet le jeu de la clause ; celle-ci ne prend effet que par la volonté des deux parties.

b) *L'adhésion* est la faculté réservée à des Etats tiers de se soumettre ou de ne pas se soumettre à un régime juridique institué conventionnellement; la clause d'adhésion opère à l'égard des tiers comme une « *pollicitatio* » parfaitement libre ; elle ne produit d'effet que par une manifestation expresse et formelle de la volonté de l'Etat tiers. L'adhésion ne constitue donc pas une exception au principe de l'effet relatif des traités.

c) *Les traités de garantie* sont fréquemment présentés à tort, nous semble-t-il, comme une exception au principe de l'effet relatif. Le traité par lequel deux ou plusieurs Etats s'engagent à garantir au besoin par la force l'intégrité territoriale ou l'indépendance d'un Etat, lui-même partie au traité, sont opposables par leur nature même, aux Etats tiers (13), mais le problème posé ici est plus politique que juridique et n'affecte pas le principe de

(11) Il n'existe pas d'application jurisprudentielle récente de ce principe. Le nombre de plus en plus grand des statuts internationaux ou des institutions internationales qui limitent le rôle des instruments bilatéraux de type classique, ainsi que l'enchevêtrement de plus en plus étroit des liens juridiques intérétatiques l'expliquent sans doute.

(12) REUTER, *Droit international public approfondi*, p. 74.

(13) C'est le cas en particulier du traité de Londres du 19 avril 1939 sur la garantie de la Belgique, du Traité de Washington des 9 puissances du 6 février 1922 sur la Chine, du traité de garantie mutuelle de Locarno du 16 octobre 1925, du traité polono-romain du 26 mars 1926, du traité de l'O.T.A.N., du pacte de Varsovie, du pacte de Manille, etc.

l'effet relatif des traités ; l'Etat agresseur se verra, certes, opposer les effets du traité de garantie, si celui-ci est appliqué ; mais, si, au contraire, ce traité n'est pas appliqué, imagine-t-on que, dans l'état actuel du droit international, l'Etat victime de l'agression dispose d'une voie de recours quelconque pour obtenir des Etats garants qu'ils interviennent ? Au vrai, ces traités de garantie sont des actes purement politiques : ils donnent naissance à un engagement politique, dépourvu de toute possibilité de sanction et, par là, de toute force juridique.

La même remarque peut être faite à propos des traités de garantie dans lesquels l'Etat bénéficiaire de la garantie n'est pas partie aux traités (14).

L'Etat garanti, tiers par rapport au traité, bénéficie, semble-t-il, de celui-ci ; de même, un éventuel agresseur pourra se voir opposer ce traité ; mais il ne s'agit pas là de véritables exceptions au principe de l'effet relatif des traités, car les « droits » et les « obligations » auxquels donnent naissance ces traités sont dépourvus de sanction, ils sont purement virtuels et n'ont pas de valeur proprement juridique.

d) *La stipulation pour autrui* est souvent présentée à tort comme une exception au principe de l'effet relatif des traités.

De nombreuses controverses divisent les auteurs sur la question de savoir si la stipulation pour autrui est possible en droit international.

La C.P.J.I. a donné à cette question une réponse ambiguë dans l'arrêt rendu dans l'affaire des zones franches, le 7 juin 1932 : « On ne saurait facilement présumer que des stipulations avantageuses à un Etat tiers aient été adoptées dans le but de créer un véritable droit. Rien cependant n'empêche que la volonté d'Etats souverains puisse avoir cet effet. L'existence d'un droit acquis en vertu d'un acte passé par d'autres Etats est donc une question d'espèce ».

Quelle que soit l'interprétation que l'on fera de cette formule, il reste que la stipulation pour autrui, si on admet la licéité en droit international, s'analyse en une simple pollicitation, qui ne produit effet que par la volonté expresse de l'Etat tiers ; il n'y

(14) C'est le cas par exemple de la déclaration d'assistance du 9 novembre 1921 formulée par la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon, au sujet de l'indépendance et des frontières de l'Albanie ; de la déclaration commune Franco-Italo-Britannique de Rome du 17 février 1934 au sujet de l'Autriche.

a donc pas là d'exception au principe de l'effet relatif des traités (15).

Les exemples que nous avons brièvement examinés ne constituent donc pas de véritables exceptions au principe de l'effet relatif des traités : dans aucune hypothèse, en effet, un traité ne crée de droit ou n'impose d'obligations à un Etat tiers en dehors d'une manifestation expresse de volonté de celui-ci ; le fondement volontariste du droit international sur lequel repose le principe de l'effet relatif des traités y est donc respecté.

Mais le droit positif révèle qu'il existe de véritables exceptions au principe de l'effet relatif, qu'il nous faut examiner maintenant ; ces exceptions constituent une application du principe d'effectivité : elles révèlent la fonction créatrice de l'effectivité. L'effectivité, en rendant opposable aux tiers, indépendamment de leur assentiment, certaines situations juridiques d'origine conventionnelle, détermine le domaine de validité de ces situations juridiques.

§ 2. — L'effectivité et les exceptions au principe de l'effet relatif des traités.

L'étude du droit positif permet de dégager deux importantes séries d'exceptions au principe de l'effet relatif des traités. Les statuts « institués par les grandes puissances et par les Etats intéressés » produisent des effets juridiques « *erga omnes* » ; les décisions ou les actes des organisations internationales sont opposables aux Etats tiers, indépendamment de toute manifestation expresse de leur volonté. La doctrine a proposé plusieurs explications de ces deux aspects du droit international positif ; l'explication la plus satisfaisante nous paraît résider dans le principe d'effectivité qui, dans ces hypothèses, fonde l'opposabilité aux tiers de situations d'origine conventionnelle.

En limitant la portée du principe de l'effet relatif des traités, l'effectivité manifeste sa fonction créatrice dans l'ordre international ; ici encore, la volonté des Etats ne joue pas un rôle exclusif dans l'élaboration du droit international et dans l'établissement des situations juridiques internationales.

(15) Même les auteurs qui admettent que la stipulation pour autrui peut produire effet en l'absence d'une acceptation expresse de l'Etat tiers, reconnaissent que cette stipulation ne pourrait pas dans ce cas être sanctionnée ; ce qui revient à constater qu'en l'absence d'acceptation expresse de l'Etat tiers, la stipulation pour autrui ne produit pas d'effet juridique.

A. — Les statuts élaborés par les grandes puissances et les Etats intéressés (l'aspect qualitatif de l'effectivité).

Deux exceptions au principe de l'effet relatif des traités sont classiquement distinguées en droit international ; elles sont relatives aux traités de communication et aux statuts territoriaux (16).

1° Les traités de communication sont considérés comme ayant un effet « *erga omnes* » ; c'est ainsi que les traités réglementant la circulation sur les canaux de Suez, de Panama et de Kiel, ainsi que les traités relatifs aux détroits turcs, étaient obligatoires et produisaient des effets juridiques à l'égard des Etats tiers (17).

La C.P.J.I. a confirmé ce principe dans son arrêt relatif à la compétence de la Commission européenne du Danube ; l'affaire du chemin de fer Soprow-Kösveg en est un autre exemple : le Comité Juridique permanent de la Commission consultative des communications et du transit a décidé que la Hongrie pouvait demander l'application d'un traité à l'élaboration duquel elle n'avait pas participé (18).

2° La seconde exception au principe de la relativité des traités concerne les traités instituant un statut territorial ; ces traités ont eux aussi effet « *erga omnes* ».

Parmi ces traités, on peut citer les conventions établissant la neutralité de certains Etats (19) ; les traités sur la neutralisation ou la démilitarisation de certains territoires (20) ; les traités éta-

(16) Mais il n'y a pas lieu nous semble-t-il de limiter à ces deux hypothèses les exceptions au principe de l'effet relatif des traités ; au vrai, il apparaît que tous les statuts élaborés par les grandes puissances et par les Etats intéressés ont vocation en raison de leur effectivité, à produire effet *erga omnes* ; c'est l'effectivité qui détermine le domaine de validité de ces situations juridiques, elle manifeste ainsi sa fonction créatrice.

(17) Rousseau, *Traité, op. cit.*, p. 463. Cf. entre autres les dispositions du Traité de Versailles au sujet du Canal de Kiel, article 380. Les conventions concernant le régime des Détroits (Lausanne, 24 juillet 1923, Montreux, 20 juillet 1936). Convention relative à la navigation sur le Danube (Belgrade, 18 août 1948).

(18) Cf. J.O.S.D.N., 1928, p. 1615. Décision confirmée par le collège d'arbitres désigné par le Conseil de la S.D.N. R.G.D.I.P., 1930, pp. 324 à 334.

(19) Déclaration des puissances du 20 mars 1815, annexe II de l'acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815 et article 435 du Traité de Versailles de 1919, sur la neutralisation de la Suisse. L'article 7 du Traité de Londres du 19 avril 1839 sur la neutralisation de la Belgique. L'article 2 du Traité de Londres du 11 mai 1867 sur la neutralisation du Luxembourg. La déclaration des quatre puissances du 6 décembre 1955 sur la neutralité de l'Autriche qui a donné une portée internationale à l'acte législatif interne par lequel l'Autriche a affirmé sa neutralité.

(20) Article 92 du Congrès de Vienne sur la neutralisation des provinces du Cahblais, du Faucigny et de la Haute-Savoie ; l'article 2 du Traité de Lon-

blissant l'internationalisation de certains territoires (21) ; certains traités établissant le statut d'une région déterminée (22).

Le rapport de la Commission des juristes dans l'affaire des îles d'Aaland illustre remarquablement cette exception ; la convention du 30 mars 1856 sur la démilitarisation des îles d'Aaland était-elle opposable à la Suède qui n'y était pas partie ? La Commission a résolu ce problème en déclarant que : « Les puissances ont cherché à établir un véritable droit objectif, de vrais statuts politiques, dont les effets se font sentir en dehors même du cercle des parties contractantes. A raison du caractère objectif du règlement de la question des îles d'Aaland par le traité de 1856, la Suède peut, comme puissance immédiatement intéressée, invoquer l'application du traité... » (23).

La même solution a été posée par la C.P.J.I. dans son arrêt du 7 juin 1932, rendu à propos de l'affaire des zones franches franco-suisses (24).

Dans ces deux hypothèses, une situation juridique conventionnelle produit des effets juridiques à l'égard des Etats qui n'y sont pas parties. Ces exceptions au principe de l'effet relatif des traités trouvent leur fondement dans l'effectivité de la convention.

En effet, certains auteurs se sont efforcés de limiter, aux traités relatifs aux communications et aux traités instituant un statut territorial, la portée de cette exception, en soutenant que ces traités seraient opposables aux tiers parce qu'ils créent une situation objective. Mais cet argument, qui est une sorte de tautologie, n'est pas valable (il repose d'ailleurs sur une assimilation, souvent implicite, entre les situations objectives dans l'ordre international et les droits réels dans les ordres internes, assimilation à la vérité fort peu scientifique).

dres du 14 novembre 1863 sur la neutralisation des Iles Ioniennes, les Traités du 30 mars 1866 neutralisant la Mer Noire et du 26 février 1885 neutralisant le bassin du Congo. La Convention du 30 mars 1866 par laquelle la Russie s'engageait à démilitariser les îles d'Aaland. Les articles 42-43 du Traité de Versailles sur la démilitarisation de la Rhénanie. Le traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947 sur la démilitarisation et la naturalisation du territoire libre de Trieste.

(21) Par exemple l'acte d'Algésiras du 7 avril 1906 internationalisant la zone de Tanger, ainsi que l'accord de Paris du 21 août 1945 et la déclaration finale de la Conférence Internationale sur Tanger du 29 octobre 1956 reconnaissant « l'abolition du régime international de la zone de Tanger ».

(22) Par exemple le traité déterminant le statut de l'Antarctique du 1er décembre 1959.

(23) Cf. supplément spécial au n° 3 du *J.O.* de la S.D.N., octobre 1920. Commission Larnaude, Struycliren, Huber, notamment p. 17 et s.

(24) Série A/B, n° 46. Le tribunal arbitral du plan Daves, dans une décision du 24 mars 1926, a consacré également cette exception au principe de l'effet relatif des traités. Cf. R.G.D.I.P., 1928, pp. 507-508.

D'autres auteurs affirment que ces traités rentrent dans la catégorie des « traités-lois » qui auraient, par nature, effet sur les tiers (25), mais la distinction des traités-lois et des traités-contrats doit être rejetée ; elle ne repose sur aucune base juridique solide. Il est évident, d'autre part, que toute explication qui tenterait de justifier le rôle particulier de certains Etats par un recours au mécanisme de la stipulation pour autrui serait purement fictive.

Il a enfin été soutenu qu'aucune explication juridique cohérente n'est possible à ce sujet ; le problème des effets de certains traités envers les tiers serait un problème uniquement politique (26).

Une explication juridique doit pourtant être fournie ; elle réside, nous semble-t-il, dans le principe d'effectivité.

C'est l'effectivité de la convention ou de la situation juridique à laquelle elle a donné naissance qui la rend opposable aux Etats tiers indépendamment de leur reconnaissance explicite ou implicite.

Et cette conclusion ne vise pas seulement les traités relatifs aux communications ou instituant un statut territorial ; elle s'applique à tous les traités donnant naissance à une situation juridique objective.

Une étude de la pratique internationale montre, en effet, qu'un groupement d'Etats qui comprend en général une ou plusieurs grandes puissances (à intérêt général) est compétent pour donner naissance, par la voie contractuelle, à des situations juridiques opposables « *erga omnes* ».

Ceci a été nettement établi en ce qui concerne les grandes puissances (27).

Les situations juridiques d'origine conventionnelle, établies par les grandes puissances, ont vocation à produire des effets juridiques en dehors du cercle des parties contractantes ; Triepel a analysé, du double point de vue juridique et politique, cette tendance des grandes puissances à exercer dans l'ordre international une sorte de gouvernement de fait, dans son étude sur l'hégémonie. Cette « procédure législative de caractère hégémonial » est un fait perma-

(25) Cf. par exemple HUDSON, *Cases and other matérials of international law*, 1936, p. 465. WHEATON Henry, *the elements of international law*, 1re édit., Philadelphie, 1836, p. 56.

(26) Cf. par exemple. SORENSEN, *op. cit.*, p. 77. GIHL, *International législation*, London, 1937, pp. 53-54, A.J.I.L., spécial supplément, pp. 922-24 et les auteurs cités. TOBIN, *The terminaison of multipartite treaties*, *op. cit.*, p. 218 et s.

(27) Cf. Georges STREIT, *Les grandes puissances dans le droit comparé*, 1900 ; Thèse Markus précitée ; L. LEDERMAN, *Considérations sur le petit Etat*, thèse, Neuchatel, 1946 ; A. de RUSSET, *Large and small states in international organizations*, (*International affairs*, 1954, p. 463) ; Georges TENEKIDES, *Grands et petits Etats dans l'organisation internationale* ; Revue Héllénistique de droit international, 1955, pp. 108 à 152.

nent de l'ordre international. Souvent les grandes puissances exercent cette fonction législative en assurant le leadership d'un groupement d'Etats qui tend à la permanence dans une institution. La Prusse, dans la Confédération germanique, les Etats-Unis dans la Panaméricaine, l'Egypte dans la Ligue arabe, etc., exerçaient (ou exercent) de véritables gouvernements internationaux de fait.

Les traités élaborés par ces groupements d'Etats intéressés et par ces grandes puissances donnent naissance à des situations juridiques opposables aux tiers en raison de l'effectivité qui leur est conférée ; le Concert Européen s'est comporté, pendant le XIX[e] siècle, comme un législateur de fait dans la société internationale.

La Cour Permanente de Justice Internationale a d'ailleurs, dans l'affaire du *Jaworzina*, affirmé le caractère obligatoire pour la Pologne et la Tchécoslovaquie d'une décision de la conférence des ambassadeurs en invoquant « l'autorité dont une décision des grandes puissances alliées et associées est revêtue » (28).

Pour mesurer exactement le rôle des grandes puissances et des Etats intéressés dans l'élaboration de ces statuts internationaux, une étude minutieuse et détaillée des conférences internationales serait nécessaire ; il faudrait examiner la liste des Etats participants, la composition du programme, la procédure du vote, la répartition des compétences de décision entre les commissions spéciales, la manière dont les Etats membres ont été amenés à adhérer aux règles posées.

A défaut d'une pareille analyse systématique, il est cependant possible de conclure que les statuts internationaux ainsi élaborés ne sont pas soumis au principe de l'effet relatif des traités ; au contraire, la situation juridique à laquelle ils donnent naissance a effet « *erga omnes* », en raison de son effectivité ; une analyse de l'état actuel des relations internationales et de l'ordre international confirme cette conclusion. Les rencontres au sommet, les conférences à l'échelon le plus élevé tendent aujourd'hui à avoir le même effet ; encore faut-il préciser que des accords formels sont très difficilement réalisables entre les Etats-Unis et l'U.R.S.S. (29) ; d'autre part, il faut tenir compte dans une analyse actuelle du rôle des grandes

(28) Série B, n° 8, p. 30. Les règles posées par exemple par le Congrès de Vienne. La conférence de Paris de 1856, la conférence de Versailles de 1915, la conférence du Dumbarton Oaks du 21 août - 7 octobre 1944 constituent une sorte de législation de fait opposable aux tiers.

(29) Thèse développée notamment par Mario TOSCANO, Conseiller juridique du ministre des affaires étrangères d'Italie. Réflexions sur quelques points particuliers de la situation politique d'aujourd'hui. Politique étrangère. Novembre 1952 ; l'auteur montre que les grands aboutissent aujourd'hui à des « situations » plutôt qu'à des « accords ». Le traité de Moscou sur la limitation des expériences nucléaires constitue une notable exception.

puissances, de la création d'un troisième pôle politique depuis Bandœng, actualisé à Belgrade ; le tiers monde, le bloc des pays non engagés, non alignés, récuse, au-delà de ses divisions, la fonction traditionnelle des grandes puissances dans l'élaboration du droit international (30).

En somme, les grandes puissances ont une vocation générale en raison de leur prépondérance, et les Etats intéressés ont une vocation particulière, à cause de leur situation effective à l'égard d'un problème donné, à instituer par voie conventionnelle des statuts valables « *erga omnes* ».

C'est en raison de leur effectivité que ces situations sont opposables aux Etats tiers.

Cette explication est générale et ne doit pas être limitée aux statuts territoriaux et aux traités relatifs aux communications.

L'explication que nous proposons ici a d'ailleurs été soutenue par quelques auteurs ; M. Moschato a analysé ce phénomène dans une étude consacrée à la neutralité belge (31).

Selon cet auteur, chaque fois qu'il s'agit de modifications apportées à la constitution internationale, au droit public international (nous dirons plus simplement chaque fois qu'il s'agit de l'élaboration de statuts internationaux), il existe une règle coutumière en vertu de laquelle certains Etats, qui sont en fait, effectivement les Etats intéressés, assistés la plupart du temps des puissances à intérêt général, sont compétents pour créer un droit conventionnel valable « *erga omnes* » (32).

Georges Scelle exprimait déjà une opinion analogue en comparant les effets de ces traités à ceux d'une loi en droit interne ; il écrivait : « une loi ne se fait pas comme un contrat par la combinaison de convenances réciproques, par le jeu de concessions balancées ; elle est en dernière analyse le triomphe d'une volonté, de la

(30) Dans son discours d'ouverture à la conférence de Belgrade, (*Le Monde*, 1er septembre 1961), le Maréchal Tito a déclaré : « Aujourd'hui, tout comme dans le passé, les grands Etats les plus développés et les plus forts militairement, essaient de décider du destin du monde, alors qu'un grand nombre de petits et moyens pays qui sont sous-développés n'ont pu prendre leur place dans le concert des Nations. Ces pays continuent à être considérés comme une machine à voter au sein des grandes assemblées internationales. Cependant, les pays non alignés, ne peuvent plus se contenter du rôle d'observateurs et de votants. Ils doivent pouvoir participer activement à la solution des problèmes qui mettent en danger l'avenir du monde. La conférence de Belgrade a été convoquée pour affirmer ces droits ».

(31) La sorti della neutralizzazione belga dopo la Guerra e i principi vigenti per la modificazione della constituzione della communità internazionale. Riv. An., 1930, Fasc. 3 et 4, 1931, Fasc. 1 et 2.

(32) En réalité il ne s'agit pas à notre avis d'une règle coutumière mais d'une application du principe général d'effectivité.

volonté d'une majorité sur celle d'une minorité, c'est-à-dire d'une puissance supérieure sur une puissance inférieure. Une loi, c'est donc toujours un acte d'autorité conditionné par la force qui le soutient » (33).

Il est important de souligner que l'atteinte portée au principe de l'effet relatif des traités dans ce domaine ne dépend pas de l'acceptation des Etats tiers ; une acceptation expresse de leur part n'est pas nécessaire et la nécessité d'acceptation est une fiction (34) .

Cette exception au principe de l'effet relatif des traités n'est pas fondée sur une règle coutumière contrairement à la thèse soutenue par M. Moshato (35), car elle a une portée générale, elle n'est pas limitée à une situation juridique déterminée et correspond à une réalité juridique fondamentale. La condition de l'*opinio juris* n'a pas ici à être remplie. C'est dans le principe d'effectivité que réside le fondement et l'explication de cette exception au principe de l'effet relatif des traités.

Ce point de vue a été soutenu avec force à propos du statut de l'Antarctique par M. R.-J. Dupuy qui écrit notamment : « De fait, comme cela s'est souvent produit dans l'histoire, un collège international se comporte comme un ensemble gouvernemental et organise le statut d'une région. Pour que ce statut soit valable, pour les non-signataires, encore faut-il que ceux qui l'ont établi soient en état de le faire respecter... Pour le régime de l'Antarctique, cette effectivité (de la situation créée par le traité) était antérieure au traité qui est précisément venu la constater et la consacrer par un texte ».

« Que l'on ait pu souhaiter que celui-ci soit l'objet d'une large reconnaissance de la part de la communauté internationale globale, et estimé que l'Assemblée générale des Nations Unies était l'organe tout désigné pour la donner (36), n'empêche pas que le régime institué à Washington soit valable objectivement par lui-même, du seul fait du rôle effectif que les douze jouent dans l'Antarctique...

(33) Georges SCELLE, *La morale des Traités de Paix*, Cadet, 1920, 287 p., p. 66.

(34) Cf. sur ce point HOSTIE Jean, *Communications et transit.* R.G.A.D.I., 1932.II, pp. 4 et 5, *contra* Verdross. *Le droit international de la paix*, R.C.A.D.I., 1929.II.297. CAVAGLIERI, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1929.I.512.

(35) Le même point de vue est défendu par M. de VISSCHER qui écrit : « On est en présence d'une situation juridique objective, ayant effet *erga omnes* ; son développement est le fruit d'une action politique prolongée, soutenue par l'adhésion générale ». *Théories et Réalités*, *op. cit.*, p. 325.

(36) Robert D. HAYTON, *The Antarctic Settlement*, *in* A.J.I.L., April 1960, p. 368, cité par l'auteur.

Accepté ou non, formellement ou tacitement, par le reste de la collectivité internationale, aucun élément extérieur à (ce traité) ne peut, dans l'état actuel des choses, modifier... le rôle particulier des douze (37). »

Ainsi, se trouve illustré, à propos de cette première exception au principe de l'effet relatif des traités, le rôle de l'effectivité dans l'opposabilité des situations juridiques d'origine conventionnelle.

C'est l'effectivité de la situation qui fonde son opposabilité, qui détermine sa portée juridique. L'effectivité qui fonde les droits ou les obligations imposées par une telle situation aux Etats tiers qui n'ont pas participé à sa création, manifeste ainsi sa fonction créatrice. La situation d'origine conventionnelle est, par rapport aux Etats tiers, un simple fait qui est pourtant générateur d'effets juridiques ; cette fonction de l'effectivité se manifeste également dans l'opposabilité aux tiers des actes des organisations internationales.

B. — Les actes des organisations internationales (L'aspect quantitatif de l'effectivité).

Les organisations inernationales, sujets du droit international dotés de la personnalité morale, exercent un certain nombre de compétences établies et délimitées par leurs chartes constitutives : elles ont, par exemple, le droit actif et passif de représentation auprès des autres sujets du droit international, elles sont partie à des accords internationaux, elles peuvent recourir à l'arbitrage international et être sujet passif ou actif de responsabilité ; elles participent enfin à l'élaboration du droit international.

Mais l'organisation est dotée d'un dynamisme propre, elle participe à la vie juridique et, par là, elle acquiert une existence objective, une réalité largement indépendante de sa charte constitutive.

Par les actes juridiques qu'elle pose, l'organisation affecte la situation des tiers par rapport à elle : et il apparaît que l'existence de l'organisation elle-même, ou les actes de l'organisation, peuvent être opposables aux tiers indépendamment de leur assentiment : ici encore, des situations juridiques, conventionnelles dans leur origine, sont opposables aux tiers en raison de leur effectivité. C'est l'effectivité qui fonde cette opposabilité ; elle manifeste bien dans ce domaine sa fonction créatrice, en modifiant la situation de certains sujets de droit indépendamment de leur assentiment.

La Cour Internationale de Justice a élaboré à ce sujet la théorie dite de la personnalité objective des organisations internationales,

(37) R.J. Dupuy, *Le traité sur l'Antarctique, op. cit.*, p. 122.

qui est, nous semble-t-il, une application directe du principe général d'effectivité. Dans l'arrêt rendu sur les dommages causés aux fonctionnaires des Nations Unies, la Cour a déclaré (38) : « La très grande majorité des membres de la communauté internationale avait le pouvoir de créer une entité possédant une personnalité internationale objective et non pas seulement une personnalité reconnue par eux seuls ».

Cette notion de personnalité objective emporte d'importantes conséquences, mais elle a donné naissance à de nombreuses controverses que nous examinerons brièvement.

La première question qui se pose est celle de savoir si cette personnalité objective doit être reconnue pour être opposable aux tiers.

Certains auteurs répondent par l'affirmative ; Kasme Badr écrit, par exemple (39) : « L'objectivité de la personne créée signifie certainement que l'entité possède les éléments nécessaires à une personne pour agir d'une façon indépendante sur le plan international. Mais cela ne signifie pas que la nouvelle entité doit pouvoir s'opposer, même à ceux qui refusent explicitement de la reconnaître ; nous croyons que le droit international positif ne permet pas une telle conclusion. La situation de l'O.N.U. ressemble à cet égard à celle des nouveaux Etats ».

Cette position ne nous paraît pas satisfaisante ; pour ne pas enlever toute signification à la notion de personnalité objective, les auteurs partisans de cette théorie sont, en effet, amenés à admettre la possibilité de reconnaissances tacites ou présumées de l'organisation. Kasme Badr écrit, par exemple, que « L'O.N.U. est supposée être reconnue par tous les Etats non membres » (40). Ce recours à la fiction nous paraît faiblement convaincant.

En fait, la notion de personnalité objective a pour effet de ramener la portée de la reconnaissance des organisations internationales à sa juste mesure ; la reconnaissance joue, dans ce domaine, le même rôle que dans celui de l'établissement des compétences étatiques : elle prend acte de ce qui existe déjà, elle a une portée simplement déclarative. Elle manifeste la volonté d'un Etat d'établir des relations avec une organisation dont il n'est pas membre. Mais le refus de reconnaissance ne peut avoir pour effet de supprimer la totalité des conséquences juridiques de l'exercice effectif des compétences de l'organisation à l'égard des

(38) C.I.J., Recueil, 1949, p. 179.

(39) Kasme Badr. *La capacité de l'O.N.U. de conclure les traités*, préface Reuter, Pichon, Durand-Auzias, Paris, 1960, 214 p., p. 34.

(40) *Op. cit.*, p. 556.

Etats tiers ; en particulier, et c'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour en question, les relations délictuelles qui peuvent s'établir entre une organisation et un Etat s'imposent d'elles-mêmes, en raison de l'objectivité de la personnalité de l'organisation.

Certains auteurs ont recherché s'il existait en droit international positif une *obligation de reconnaître* les organisations internationales ; le même problème a souvent été étudié à propos des reconnaissances entre Etats, mais il se pose, semble-t-il, en termes différents pour la reconnaissance des organisations internationales. Il est bien établi qu'il n'existe aucune obligation juridique de reconnaissance entre Etats. Au contraire, on peut admettre l'existence d'une obligation de reconnaissance à la charge des Etats tiers qui ont reconnu les différents Etats membres de l'organisation en cause ; l'attitude d'un Etat tiers qui, ayant reconnu la plénitude d'attributions des Etats membres, refuserait ensuite de reconnaître l'exercice de certaines de ces attributions, dès lors qu'elles s'exercent en commun, serait à la fois contradictoire et arbitraire ; un tel refus de reconnaissance se rapprocherait d'une intervention illicite dans les affaires intérieures du groupe d'Etats réunis en une organisation. Les Etats tiers ne sauraient valablement mettre obstacle, par un refus de reconnaissance, à la fusion volontaire de deux Etats en un Etat unitaire ou en Etat fédéral, ni à la création entre certains Etats de structures d'organisation qui comportent une unification limitée de certaines fonctions des Etats adhérents. On peut donc admettre, dans ce cas au moins, l'existence d'une obligation de reconnaissance des organisations internationales (41).

La reconnaissance est en tous cas nécessaire, en principe, pour que les relations juridiques volontaires s'établissent entre une organisation et les tiers.

Mais la possibilité d'établir des relations juridiques involontaires entre une organisation et les Etats tiers, ou l'opposabilité des actes des organisations internationales (ou le domaine de leur validité), est fondée en définitive sur l'effectivité de l'organisation, nullement sur sa reconnaissance par les Etats tiers. C'est le cas, comme nous l'avons montré, des relations délictuelles.

Un exemple très net bien que limité en est fourni dans un autre domaine que celui des relations délictuelles, par les relations qui se sont établies entre la Commission économique pour l'Europe et la C.E.C.A.

L'article 93 du Traité de Paris faisant à la Haute Autorité l'obligation d'assurer toutes liaisons avec les Nations Unies, il pouvait

(41) Cf. dans ce sens, LUCHAIRE, *Actes du Congrès C.E.C.A.*, Milan stresa, vol. III, p. 361. PESCATORE, *op. cit.*, p. 42.

sembler que ces contacts devaient le plus opportunément s'instituer au niveau de la Commission économique pour l'Europe ; mais celle-ci, organe du Conseil économique et social, comprend des Etats de l'Est qui ne reconnaissent par la C.E.C.A. ; dans ces conditions, il a été impossible à la Commission d'accueillir officiellement la Haute Autorité ; mais des fonctionnaires de l'exécutif de la communauté sont invités aux séances des groupes de travail du charbon, de la sidérurgie et des transports ; ils figurent dans ces commissions en qualité d'experts privés. Selon la formule de M. Dupuy (42) : « Ces habiletés prouvent que, quelle que soit la réserve que peuvent inspirer à d'autres Etats une organisation et la politique qu'elle exprime, il n'est pas possible de faire abstraction de son existence : le caractère objectif de la personnalité oblige parfois à tenir compte d'elle-même sans la reconnaître « *de jure* ».

Encore nous faut-il mesurer la portée de cette notion de personnalité objective. Or, cette portée est très générale, ce qui montre bien que le principe d'effectivité reçoit dans ce domaine une application complète.

Certains auteurs, en effet, se sont demandé à quelles conditions la personnalité objective pouvait être octroyée à une organisation ; la Cour a retenu, dans l'arrêt cité plus haut, un critère quantitatif reconnaissant la personnalité objective de l'O.N.U. en raison du nombre élevé de ses membres. Comment apprécier cette position ? La Communauté à six ou le Bénélux n'ont-ils pas une personnalité objective en raison du nombre plus restreint de leurs membres ? A partir de quels chiffres la personnalité objective est-elle octroyée ?

Selon le délégué des Pays-Bas à l'Assemblée générale de l'O.N.U. : « En droit international, tout Etat peut créer, avec un autre Etat, une entité jouissant de la personnalité objective internationale. Le fait que la Cour ait fait allusion à une grande majorité d'Etats pourrait faire mettre en doute l'existence d'un tel principe qui est pourtant bien établi » (43).

Cette affirmation nous paraît incontestable : la constitution d'un Etat fédéral entre deux Etats indépendants, donne naissance, à n'en pas douter, à une personnalité juridique objective.

Nous compléterons cette affirmation par une remarque importante : bien que deux Etats puissent donner naissance à une organisation dotée de la personnalité morale objective, le nombre des Etats

(42) R.J. Dupuy, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, R.C.A.D.I., 1960.II, pp. 457 à 590 et ici p. 560.

(43) 4e session. Assemblée générale A.G. IV, 6e Cour, 183e séance, pp. 291-292.

membres de l'O.N.U. n'était pas indifférent, car un plus grand nombre d'Etats confère naturellement aux actes de l'organisation et à l'organisation elle-même une plus grande effectivité ; c'est pour mesurer cette effectivité, pour insister sur son importance que la Cour a fait allusion, nous semble-t-il, au nombre élevé des membres de l'O.N.U.

Mais une autre notion tout aussi importante que le nombre des Etats membres de l'organisation, qui a été récemment précisée en doctrine, joue également un rôle dans la mesure de l'effectivité d'une organisation et de ses actes. C'est la notion de transparence ou d'opacité de l'organisation (44).

Cette notion met en évidence le fait que les organisations ne rassemblent pas des Etats conçus abstraitement, mais des entités situées, au sens où l'on parle d'hommes situés pour les opposer à l'homme en soi ; on peut donc dire que la « personnalité des organisations internationales est plus ou moins opaque, plus ou moins transparente, selon le degré d'influence de cette sous-jacence des Etats » (45) et cette notion d'opacité a une grande importance pour mesurer l'effectivité d'une organisation ou d'un acte d'une organisation. En d'autres termes et pour reprendre une terminologie que nous avons déjà employée, en considérant le nombre des Etats membres d'une organisation au regard du concept de personnalité objective, on envisage l'effectivité sous un aspect quantitatif (numérique), en considérant l'opacité de l'organisation on envisage l'effectivité sous un aspect qualitatif... Ces deux points de vue sont complémentaires.

L'application du principe d'effectivité au problème de l'opposabilité des actes des organisations internationales a une portée générale ; c'est la mesure de cette effectivité qui pose chaque fois un problème particulier.

Enfin, une dernière observation s'impose, nous semble-t-il, à propos de la notion de personnalité objective et de l'étude du rôle de l'effectivité dans l'opposabilité des actes des organisations internationales : La similitude existant entre la notion de personnalité juridique des individus, notion essentiellement égalitaire dans son principe, et la notion de personnalité morale, incite fréquemment à considérer que l'attribution de la personnalité morale confère au nouveau sujet de droit un certain nombre de compétences déterminées *a priori*. Cette opinion n'est pas fondée ; elle n'est valable

(44) Cf. J.R. Dupuy, *Le droit des relations entre les organisations internationales, op. cit.*, p. 543.
(45) Dupuy, *op. cit.*, pp. 544-561.

que dans les ordres internes dans lesquels le législateur détermine à la fois les conditions d'existence d'une personne morale et le contenu de ses compétences. L'étude du droit international montre, au contraire, qu'une conception égalitaire ou, à prioristique, des compétences des personnes morales, qui s'efforcerait de déduire de la notion même de personne morale la liste des compétences dont celle-ci serait investie, n'est pas fondée. La C.I.J. a d'ailleurs déclaré, dans l'arrêt précédemment cité, que « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature et à l'étendue de leurs droits » (46).

Ceci a été fermement établi en doctrine sur plusieurs points particuliers : Le droit international, par exemple, ne contient aucune règle permettant de déterminer, *a priori*, l'aptitude d'une personne morale à conclure des conventions (47).

Les compétences exercées ou détenues par une personne morale sont donc susceptibles de varier suivant la nature ou la qualité de la personne morale en question. La personnalité morale est une notion formelle à contenu variable ; elle conduit à conférer à des organes, c'est-à-dire en définitive à des individus, la capacité d'agir juridiquement au nom et pour le compte d'une collectivité ou d'un groupement doté de la personnalité morale.

Comment est déterminé le contenu des compétences de la personne morale, comment sont délimitées ses compétences juridiques, qui, nous venons de le montrer, sont insusceptibles de définition *a priori ?* Le même problème se pose à propos de la détermination des compétences étatiques qui sont déterminées, nous semble-t-il, par le principe d'effectivité.

En ce qui concerne les organisations internationales qui retiennent seules ici notre attention, les compétences ne sont pas seulement déterminées par leurs chartes constitutives ni délimitées par la reconnaissance des Etats tiers ; le domaine d'action des organisations internationales dans l'ordonnancement juridique n'est pas seulement déterminé par leurs chartes constitutives, qui jouent, certes, dans ce domaine, un rôle important mais non exclusif ; l'organisation est, en effet, dotée d'un dynamisme propre, d'une

(46) Rec., 1949, p. 177. La Cour fait allusion dans le même arrêt aux sujets de droits investis « *de* droits et devoirs » et non « *des* droits et devoirs » ce qui peut indiquer que les sujets de droit ne sont pas investis d'une quantité constante et identique de droits et de devoirs dans l'ordre international.

(47) Cf. par exemple HUBER, *Le droit de conclure des traités internationaux*, p. 154. GUGGENHEIM, *Traité, op. cit.*, t. J., p. 59. KELSEN, *Contribution à la théorie du traité*, Revue int. de la théorie du droit, 1936, pp. 261-262. Cf. PESCATORE, R.C.A.D.I., 1961.II. *Les relations extérieures des Communautés Européennes*, p. 28.

vitalité qui la détachent dans une certaine mesure de sa charte constitutive ; l'opposabilité des compétences de l'organisation aux Etats tiers ne dépend pas non plus de la reconnaissance ou du refus de reconnaissance de ces derniers, comme nous l'avons montré. Les Etats tiers ne sauraient d'ailleurs, et cela est une conséquence de la notion de personnalité objective et des observations qui précèdent, « déterminer à leur guise les compétences qu'ils entendent accorder à l'organisation et c'est peut-être là qu'il faut chercher le sens de la personnalité objective de l'organisation » (48).

En définitive, la notion de personnalité objective permet, nous semble-t-il, d'affirmer que l'opposabilité des actes d'une organisation internationale aux Etats tiers est fondée uniquement sur l'effectivité de l'organisation elle-même.

Cette conclusion qui complète celles que nous avons déjà formulées, confirme le rôle de l'effectivité dans l'ordre international et particulièrement sa fonction créatrice, puisque c'est en dernière analyse l'effectivité qui détermine le domaine de validité des compétences des organisations internationales.

Les situations d'origine conventionnelle sont donc opposables, dans la mesure de leur effectivité, indépendamment du consentement tacite ou explicite des Etats tiers.

*
**

Selon la formule de M. Reuter, « ce n'est pas la convention à elle seule qui fait naître la situation objective mais bien son exécution, l'effectivité des rapports qui en découlent » (49).

L'effectivité des rapports ou des situations juridiques qui résultent d'une convention est productrice d'effets juridiques à l'égard des tiers, comme l'a montré Oppenheim : « *However, in addition to the fact that some treaties, on account to the large number of the parties thereto, acquire the complexion of legislative instruments, judicial practice has tended to recognies a type of treaty which, although contractual in origin and character, possesses an existence independant of and transcending the parties to the treaty* » (50).

(48) Kasme, Badr. *op. cit.*, p. 34.

(49) P. Reuter, *Droit international public*, P.U.F., Théories, Paris, 1958, p. 73. M. Pinto a souligné cette distinction. R. Pinto sagesse de P. Reuter, Journal de droit international, Clunet, 1959, p. 106.

(50) Lauterpacht, *Oppenheim, International Law*, London, New York, Toronto, 1955, 2 tomes, t. I, pp. 879-880.

L'effectivité fonde donc l'opposabilité aux tiers des situations juridiques d'origine conventionnelle ; elle manifeste ainsi sa fonction créatrice dans l'ordre international.

Mais le rôle de la volonté des Etats dans la création ou la formation du droit international, et la fonction créatrice de l'effectivité sont encore plus évidents à propos de la validité des traités conclus sous la violence.

Section II

L'EFFECTIVITE FONDE LA VALIDITE DES TRAITES CONCLUS SOUS LA VIOLENCE

La violence ou la menace de violence sont prohibées dans l'ordre international.

L'article 10 du pacte de la S.D.N. prescrivait que : « Les membres de la Société s'engagent à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente des membres de la société ». La résolution de la S.D.N. sur la guerre d'agression, prise au cours de la VII[e] assemblée, a confirmé cette obligation. Le pacte général de renonciation à la guerre, ou pacte Briand-Kellog, avait une portée plus large, puisqu'il liait tous les Etats alors existants (à l'exception de la Bolivie, de l'Argentine, du Salvador et de l'Uruguay, les trois derniers liés d'ailleurs par un traité analogue). Selon l'article premier du pacte, « les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement, au nom de leurs peuples respectifs, qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ». (Ce texte interdisait implicitement l'emploi de menaces.)

Enfin, l'article 2, § 4, de la Charte des Nations Unies prescrit que « les membres de l'organisation s'abstiendront, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

Cette prohibition n'a pourtant pas pour effet d'enlever toute valeur juridique aux actes accomplis sous l'empire de la force. La violence commise au moment de leur conclusion n'est pas une cause générale d'annulation des traités internationaux.

Cette particularité du droit positif international appelle une explication. La doctrine s'est attachée à la fournir, mais elle a

souvent été empêchée d'aboutir dans ses efforts par des conceptions de principe erronées sur la nature juridique des traités ou de l'ordre international.

Nous essaierons de montrer, par une étude du droit positif et une analyse critique des opinions doctrinales énoncées au sujet de la validité et de la force obligatoire des traités conclus sous la violence, que c'est le principe d'effectivité qui fonde la validité de ces traités qui constituent, quantitativement, une source très abondante de règles juridiques internationales : ainsi la fonction créatrice de l'effectivité sera-t-elle mise une nouvelle fois en évidence.

§ 1. — Le droit positif et la validité des traités conclus sous la violence.

Selon le droit positif, deux hypothèses doivent être distinguées : si la violence est exercée, au moment de la conclusion du traité, sur les négociateurs eux-mêmes, le traité est nul, dépourvu de force obligatoire ; si la violence ou la menace de violence est exercée sur l'Etat lui-même, c'est-à-dire sur sa population, son territoire ou ses services publics, le traité est considéré comme pleinement valable.

A. — La violence exercée sur les négociateurs.

La violence exercée sur les négociateurs est une cause d'annulation du traité ; l'histoire en fournit plusieurs exemples ; le Concile du Latran, érigé pour la circonstance en juridiction internationale, déclara nul le Concordat conclu en 1111 entre le Roi Henri I^er^ d'Angleterre et le Pape Pascal III, extorqué à ce dernier après l'avoir tenu emprisonné deux mois.

En 1860, la Russie invoquait, pour obtenir l'annulation d'un traité conclu avec la Chine, les pressions exercées sur ses représentants par l'importante escorte armée des plénipotentiaires chinois.

Le traité du 17 novembre 1905, établissant le protectorat japonais sur la Corée, et conclu à la suite de l'occupation du Palais impérial de Séoul par les troupes japonaises, fut considéré comme nul.

Le droit positif semble donc, sur ce point, bien fixé.

B. — La violence exercée contre l'Etat lui-même.

C'est la solution inverse qui prévaut en droit positif dans l'hypothèse, beaucoup plus fréquemment réalisée en pratique, où

la violence est exercée contre l'Etat lui-même : cette violence ne vicie pas le traité, elle ne le rend pas annulable et ne porte pas atteinte à sa force obligatoire.

Le droit positif fournit, certes, quelques exemples qui semblent contredire cette affirmation.

Les traités de Brest-Litvosk et de Bucarest, par exemple, imposés par l'Allemagne à la Russie et à la Roumanie sous la menace de violence, ont été annulés pour ce motif par le traité de Versailles du 28 janvier 1919 ; mais il ne s'agit pas, dans cette hypothèse ni dans quelques autres analogues, d'une véritable annulation juridique ; il s'agit plutôt de la substitution d'un nouvel ordre juridique, effectif et établi, à un ordre ancien devenu ineffectif ; le motif de l'annulation pour cause de violence ne doit pas être pris ici à la lettre, d'autant plus que le traité de Versailles lui-même, qui annulait les précédents traités, a été conclu sous la violence.

En dehors de ces hypothèses peu nombreuses, le droit positif fournit une multitude d'exemples de traités conclus sous la violence et considérés comme valables.

Rentrent dans cette catégorie tous les traités de paix imposés aux vaincus par une coalition victorieuse ; l'importance pratique de ces traités qui réorganisent la société internationale sur des bases nouvelles en la stabilisant est bien connue et ces traités sont le type même des accords conclus sous la violence, dont la validité est incontestée.

Mais il existe également des traités conclus sous la violence ou la menace de violence en dehors de toute guerre et leur validité n'a jamais été mise en cause.

C'est le cas notamment du traité anglo-portugais du 20 août 1890, relatif au Mozambique et à l'Angola, imposé au Portugal par la Grande-Bretagne sous la menace de violence; du traité de protectorat du Bardo imposé au Maroc par la France ; des accords sino-japonais du 25 mai 1915 relatifs au Chantoung, extorqués par le Japon sous la menace d'un ultimatum ; du traité du 16 septembre 1915, imposé à Haïti par les Etats-Unis sous la menace de l'infanterie de marine américaine ; du traité anglo-irlandais de 1921 imposé à l'Irlande par la force.

Il est donc établi que les traités conclus sous la contrainte sont valables, que la contrainte exercée soit elle-même licite ou illicite (on sait d'ailleurs combien la distinction entre ces deux formes de violence reste incertaine en droit international).

Tout au plus, peut-on affirmer que, dans le cas bien improbable d'un contrôle international, l'auteur d'une agression ne serait

pas reçu à faire valoir, par des voies de droit, les clauses d'un traité qu'il a imposé à sa victime (en vertu de la règle « *nemo auditur* », qui est un corollaire du principe de bonne foi, principe général du droit international).

Dans son troisième rapport sur le droit des traités à l'Institut de droit international, Sir Fitzmaurice a proposé un texte de convention dont le passage relatif à la validité des traités conclus sous la violence mérite d'être retenu ; ce texte, un peu long, est clair et détaillé, et il donne exactement l'état du droit positif sur cette question (51).

ARTICLE 14. — 1° Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 5 ci-après, la conclusion d'un traité obtenue à l'aide de faits ou de menaces de violence, ou de coercition physique ou morale, expressément et directement exercés contre la personne des agents plénipotentiaires, représentants ou membres d'organes chargés de négocier, signer ou ratifier un traité ou d'y adhérer, ou chargés de tout autre acte de participation à un traité, entraîne le vice du consentement apparemment donné et rend non valide l'acte considéré et, partant, le traité lui-même.

2° La violence ou la coercition exercées contre les individus mentionnés au paragraphe premier comprend les faits ou les menaces de violence ou de coercition contre les membres de la famille desdits individus, ou les personnes qui sont à leur charge, mais non contre leurs biens.

3° La crainte (que les dits individus éprouvent pour leur sécurité physique ou morale ou pour celle des membres de leur famille ou des personnes qui sont à leur charge) constituant l'élément essentiel de la violence, les formes de pression qui ne comportent pas cet élément (discussion, sollicitations pressantes, conseils ou persuasion, etc.) ne constituent pas en elles-mêmes des faits de violence, bien qu'ils puissent s'y associer ; « l'abus d'influence », au sens où ces mots sont normalement employés en droit privé, ne constitue pas non plus un fait de violence.

4° La violence aux fins du présent article désigne la violence exercée contre les personnes intéressées en tant qu'individus ou en tant que membres de l'organe ou de l'organisme chargés de la négociation, de la ratification ou de l'adhésion, et qui a pour objet d'amener l'exécution de l'acte de participation au traité. Ne constitue pas une violence la menace des conséquences qui subira, ou

(51) Annuaire 1958, II, p. 26. Evidemment, cette déclaration ne fait pas elle-même partie du droit positif.

pourra subir, l'Etat dont les intéressés sont ressortissants (ou que subiront, ou pourront subir, lesdits intéressés en tant que ressortissants de cet Etat) au cas où ils ne s'exécuteraient pas, ni le fait que lesdits intéressés craignent ces conséquences, ni la menace indirecte que la possibilité de ces conséquences peut faire peser sur eux, sur les membres de leur famille ou sur les personnes à leur charge.

5° Un traité qui a été signé ou initialement conclu à l'aide de faits de violence, au sens du présent article, demeure cependant valide s'il est ultérieurement ratifié ou confirmé de toute autre façon par l'Etat intéressé, une fois que celui-ci a eu connaissance des dits faits, et si aucune violence n'a été exercée contre la personne des agents, représentants ou membres d'organes chargés de ratifier ou de confirmer le traité. »

Si le droit positif est bien fixé, les théories doctrinales relatives au problème des conséquences juridiques de la violence ou de la menace de violence dans la conclusion d'un traité sont incertaines et souvent insatisfaisantes.

§ 2. — La doctrine et la validité des traités conclus sous la violence.

Les opinions des auteurs qui se sont attachés à fournir une explication des solutions consacrées par le droit positif se divisent en trois courants principaux que nous examinerons brièvement.

A. — Les théories contractuelles.

Certains auteurs assimilent strictement les traités à des conventions ; ils rappellent que les ordres internes admettent en général la règle selon laquelle un contrat, pour être valable et doté de force obligatoire, doit être conclu librement ; le droit français, par exemple, reconnaît l'existence de quatre vices du consentement (erreur, dol, violence, lésion) dont la survenance dûment établie entraîne l'annulation du contrat. Les partisans de la théorie contractuelle s'efforcent de transposer ces principes dans l'ordre international ; ils considèrent que le dol et l'erreur sont peu concevables en pratique, mais ils s'attachent en revanche à montrer que la lésion et la violence sont des causes d'annulation des traités. A l'appui de leur thèse, ils invoquent le fait que la violence a quelquefois été une cause d'annulation des traités en droit positif ;

la lésion elle-même a été invoquée dans ce but (52). Ces auteurs en concluent que la violence et la lésion doivent, dans tous les cas, entraîner l'annulation du traité.

Telle est notamment l'opinion exprimée par Hefter (53), de Pradier Fodère (54), Le Fur (55).

Cette théorie a été critiquée à juste titre par de nombreux auteurs. Le principe de leur critique repose sur la démonstration que les traités ne sont pas assimilables à des contrats ; ils remplissent, en effet, dans l'ordre international, une fonction que les contrats ne possèdent pas, car ils jouent le rôle des lois et des règlements dans les ordres juridiques internes (56) ; plus largement, le droit privé est inapplicable ou inapproprié dans le cas des Etats, des organisations internationales et des autres entités qui possèdent une certaine capacité de conclure des traités (rebelles à qui les droits de belligérants ont été reconnus, autorités de fait exerçant leur juridiction sur un territoire donné, etc.), en raison de la nature même de l'ordre international (57). L'ordre international n'est pas organisé, hiérarchisé, intégré, comme le sont les ordres internes ; il ne comporte aucun pouvoir exécutif organisé. L'analogie avec le droit privé, en ce qui concerne les règles de validité des conventions, est impossible en pratique. « Le défaut d'analogie entre les traités et les contrats, en ce qui concerne l'admissibilité de la violence comme cause de nullité, ne peut persister dans une communauté organisée de nations ; le développement du droit international en un vrai système juridique dépend, dans une large mesure, des remèdes apportés à ce défaut d'analogie, c'est-à-dire de la reconnaissance de la libre volonté comme une condition de validité des traités, jointe à la relégation de la force dans la catégorie des sanctions » (58). C'est parce que l'ordre international

(52) Dans l'affaire *Letitia* par exemple, le Pérou invoquait la lésion pour demander l'annulation du Traité Salomon-Lozano du 24 mars 1892, et soutenait que la Colombie avait profité abusivement, pour conclure ce traité de la propension excessive à la conciliation internationale du dictateur destitué, le Président Leguia.

(53) *Das Europaïsche Völkerrecht*, 8e édition, p. 190 et s.

(54) *Traité de droit international public, op. cit.*, p. 1.076.

(55) *Le développement historique du droit international*, R.C.A.D.I., 1932. III, pp. 580 à 583.

(56) Rousseau, *Cours de doctorat, op. cit.*, p. 21, sur la distinction classique entre les traités lois et les traités contrats. Cf. notre brève analyse au chapitre relatif à la révision des traités (IIe partie, chapitre II).

(57) Cf. Fitzmaurice, 3e *rapport à l'institut de droit international sur le droit des traités*, Annuaire 1958, t. II, p. 22.

(58) Lauterpacht, *Private law sources and analogies, op. cit.*, p. 166. Cf. aussi Lauterpacht, *Rapport à la commission de l'Institut de droit international*, A/CN/4-63, 3e partie, section II.

est un ordre juridique encore primitif que la théorie des vices du consentement ne peut y être directement transposée, comme l'a montré Kelsen : « Le droit primitif ne reconnaît pas la contrainte comme une raison de nullité de la norme conventionnelle. « *Coactus voluit sed tamen voluit* » était longtemps un principe de droit romain. La distinction juridique entre une expression de volonté libre et une expression de volonté forcée est entièrement étrangère à la mentalité des peuples primitifs. C'est pourquoi il n'est pas admissible d'appliquer sans restriction le principe du droit interne, qui est un droit techniquement évolué, au droit international, qui est un droit primitif, et de déclarer un traité international comme nul si l'une des parties contractantes, dans des circonstances quelconques, a été forcée de conclure un traité : situation typique s'il s'agit de conclure un traité de paix entre un Etat vainqueur et un Etat vaincu » (59). L'état actuel de l'ordre international ne permet donc pas de retenir la théorie contractuelle.

Conscients des faiblesses de leur position, certains partisans de cette théorie se sont efforcés d'introduire dans leur analyse des distinctions propres à adapter leurs principes au droit positif actuel ; Verdross, par exemple, soutient que, parmi les traités conclus sous la violence, seuls les traités de paix sont valables, parce qu'ils fondent un ordre nouveau qui s'impose. Il rejoint sur ce point l'école objectiviste ; en revanche, la violence comme vice du consentement serait une cause d'annulation dans tous les autres cas (60). Cette théorie doit être rejetée ; comme nous l'avons montré, elle ne correspond pas à l'état actuel du droit international positif, mais surtout il n'y a pas de raison logique, ni juridique, pour admettre que la violence exercée sur l'Etat est, dans certains cas, cause de nullité du traité et, dans d'autres cas, sans influence sur celui-ci.

D'autres auteurs, enfin, partisans de la même théorie, s'efforcent de démontrer que la distinction établie entre la violence exercée sur l'Etat lui-même et sur les négociateurs seuls est erronnée ; Weinskel, par exemple, soutient qu'il est impossible de tenir compte juridiquement de la violence exercée sur l'Etat lui-même (61). Il s'efforce de démontrer qu'une violence ne peut pas, en pratique,

(59) KELSEN, *Contribution à la théorie des traités internationaux.* Revue internationale de la théorie du droit, 1936, X, pp. 253 et 292 et ici p. 257.

(60) *Die Verfassung der Volkerrechtsgemeinschaft,* 1926, p. 150. Cf. aussi du même auteur : *Règles générales du droit de la paix, op. cit.,* pp. 429-430.

(61) *Willensmängel bei Volkerrechlichen Verträgen Zeitschriftfür Volkerrecht,* t. XV (1930), p. 446 et s.

être exercée sur l'Etat ; s'il s'agit d'une contrainte physique, il faudrait, pour que la condition de violence soit remplie, que chaque habitant, individuellement, y soit soumis, hypothèse jamais réalisée en pratique ; s'il s'agit d'une contrainte morale, celle-ci ne peut réellement être assimilée à la « *Vis compulsiva* » qui est une clause d'annulation des conventions ; cette explication habile du droit positif doit être rejetée (62). La violence physique ou morale exercée sur l'Etat existe concrètement ; le rassemblement d'une armée d'agresseurs aux frontières d'un Etat désarmé, la pression psychologique exercée sur toute la population d'un Etat en sont les deux formes extrêmes, entre lesquelles existent de nombreuses situations intermédiaires. Les techniques modernes de la guerre psychologique donnent à la violence morale une particulière intensité. Il est impossible de considérer que ces formes de violence ne sont pas prises en considération par le droit international en raison seulement de la difficulté de mesurer leur importance.

Enfin, Fernand de Visscher a proposé une dernière forme de la théorie contractuelle ; son point de départ est la notion d'institution : l'Etat, comme toute personne morale, agit par des organes qui expriment sa volonté ; le droit ne doit prendre en considération que le consentement de ces organes ; une violence exercée contre l'Etat lui-même, et non contre les négociateurs, est donc dépourvue de toute conséquence juridique.

Cette théorie n'est pas satisfaisante : on peut lui adresser les critiques classiques qui sont formulées contre la théorie de l'organe ; très logique dans sa formulation, cette explication n'est pas satisfaisante en pratique.

La théorie contractuelle, sous ses diverses formes, ne permet donc pas d'expliquer la solution du droit positif relative à la validité des traités conclus sous la violence ; elle doit être rejetée.

B. — Les théories politiques.

Ces théories, qui revêtent deux formes différentes, ne nous paraissent pas non plus satisfaisantes.

Certains auteurs soutiennent d'abord que l'adage « *ex injuria jus oritur* » est applicable au droit international ; la violence serait illégale, mais susceptible de donner cependant naissance à des effets juridiques. Telle est, en particulier, la doctrine de

(62) Cf. sur ce point F. de Visscher, *op. cit.*, p. 518.

l'école fasciste et nationale-socialiste du droit international (63). Cette doctrine simpliste est immorale ; elle est, de plus, juridiquement inacceptable ; elle repose, en effet, sur une contradiction logique (ce qui est illégal ne pouvant logiquement, à moins de modifier la signification de la légalité, produire d'effets juridiques) ; enfin, cette doctrine, sans raison apparente, ne tire pas toutes les conséquences des prémices qu'elle pose : si la force, à l'état brut, fonde le droit, pourquoi est-il nécessaire de recourir à des procédures juridiques et, en particulier, pourquoi transcrire dans un « *instrumentum* » les règles imposées par la violence ? Comme l'écrit F. de Visscher : « La forme même du traité implique des engagements juridiques ; et l'usage universel de recourir à cette forme, même devant la plus flagrante inégalité des forces, est une réalité sociale qu'un observateur sans préjugés ne saurait méconnaître. Si un traité de paix, conclu à la suite d'une guerre victorieuse, n'avait d'autre valeur que celle que lui confère le droit du plus fort, la forme du traité n'ajouterait rien à ce que la force elle-même peut obtenir et la conclusion de pareils traités se réduirait à un vain et absurde simulacre » (64).

Les théories politiques, qui renoncent à fournir une explication véritablement logique du problème des traités conclus sous la violence, ont été soutenues sous une autre forme par de nombreux auteurs sur la base du principe du moindre mal ; c'est, pour éviter à l'Etat soumis à la violence, ou à la menace de violence, une violence plus grande, un mal supérieur, que les traités conclus sous la violence doivent être considérés comme valables. Ces auteurs montrent que, si le vainqueur d'une guerre ne pouvait imposer des obligations juridiquement valables au vaincu, il serait conduit à poursuivre la guerre jusqu'à l'écrasement complet de son adversaire ; les traités conclus sous la violence sont donc valables comme un moindre mal ; telle est notamment l'opinion de Fauchille (65), Westlake (66), Anzilotti (67), Cavaglieri (68), Strupp, Oppenheim.

(63) On peut noter que pour Montesquieu les princes ne sont pas libres ; ils sont gouvernés par la force, et c'est la raison pour laquelle les traités ratifiés par contrainte les lient (De l'Esprit des Lois, XXVI, chap. XX). Sakamoto, *L'affaire de Mandchourie*, Sirey, 1921. Rocco, article Stampa en 1932, cité par Rousseau, cours précité, p. 22, *Histoire romaine*, traduction de guerre, II, p. 36.

(64) F. de Visscher, *Les traités imposés par la violence*, R.D.I.L.C., 1931, p. 513.

(65) *Traité, op. cit.*, III, pp. 297-300.

(66) *Traité, op. cit.*, t. I, p. 290.

(67) *Cours, op. cit.*, p. 343.

(68) *Cours*, 1929, *op. cit.*, I, 510 *in fine* à 512 et « *La violenza come motiva di nullita dei trattati* ». Rivista di diritto international, 1935, p. 8.

Cette théorie ne peut être acceptée, car elle conduit à considérer que la situation créée par le traité ainsi conclu sous la violence pourra légitimement être remise en question ; les situations juridiques instituées par les traités conclus sous la violence se trouveraient frappées d'incertitude ; ce que la contrainte a fait, elle peut en effet le défaire ; la théorie juridique manque ici totalement son but qui est de contribuer à l'établissement d'un ordre durable.

Comme l'a écrit fort justement M. de Visscher : « Ces théories soulignent une des plus graves déficiences du droit international bien plus qu'elles ne fournissent une explication satisfaisante du fondement de l'obligation » (69).

Les théories politiques ne nous semblent donc pas pouvoir être retenues.

C. — La théorie objectiviste.

Cette théorie s'efforce de justifier la validité des traités conclus sous la violence en affirmant leur conformité à un ordre international dont la consolidation importe davantage que le respect de la liberté du consentement des Etats.

Dans une première forme, cette théorie conduit à soutenir que les traités conclus sous la violence sont valables parce qu'ils fondent un ordre juridique objectif, effectif, et, par là, légitime.

Georges Scelle a proposé cette explication en écrivant : « En considérant les traités, et notamment le traité de paix, comme un acte législatif et non plus contractuel, on peut, semble-t-il, proposer une autre interprétation. Dans un Parlement, la loi, elle aussi, est le résultat de la plus grande force. Le fait qu'une majorité de bulletins bleus l'emporte sur une minorité de bulletins blancs ne prouve pas évidemment que la règle qui va désormais entrer dans l'ordre juridique ait une valeur sociale supérieure à celle pour laquelle combattaient les membres de la minorité... C'est, en réalité, que la compétence d'exprimer la règle de droit appartient au groupe détenteur de la plus grande force politique » (70).

Mais cet ordre est-il uniquement fondé sur la force ou doit-il être conforme à un ordre objectif ou naturel ? Comment peut-on déterminer avec précision cette conformité ? Les plus grandes incertitudes divisent ici les rangs des auteurs partisans de cette théorie.

(69) Ch. de Visscher, *Cours général de principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1954.II, t. 86, pp. 445 à 556, ici p. 497.

(70) *Précis, op. cit.*, t. II, pp. 342-344. Cf. aussi : *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, 1936, 99 p., ici pp. 55 à 58.

Georges Scelle a soutenu une variante de cette thèse en ayant recours à la théorie du Gouvernement de fait : « Il n'est pas douteux que les traités de paix, qui sont le plus souvent la suite d'une guerre victorieuse, ne peuvent être argués de nullité sans mettre en question tout l'ordre juridique international... Ce qu'il s'agit d'appliquer ici, c'est tout simplement la technique de la législation et du Gouvernement de fait en droit public interne » (71).

D'autres auteurs, au contraire, s'efforcent de donner une dimension morale à leur théorie : le traité conclu sous la violence serait valable à la condition que la violence soit juste, car elle seule permet de fonder un ordre juste (72) ; mais comment définir une violence juste ? Est-ce celle qui est nécessaire pour la défense d'un droit, ou doit-on, avec d'autres auteurs, distinguer la « violence ordinaire », présumée légitime, et la violence assortie d'une injustice flagrante ou notoire, qui est seule susceptible de vicier le consentement (73) ?

A l'évidence, ces théories moralisatrices, souvent rattachées à la doctrine du droit naturel, ainsi que les controverses qu'elles suscitent sont trop imprécises pour être juridiquement utilisables. Ces théories n'ont d'ailleurs aujourd'hui presque plus de partisans.

Aucune des théories classiques que nous venons de rappeler brièvement ne nous paraît donc entièrement saitisfaisante ; certains de leurs éléments sont cependant valables et une synthèse nous paraît possible à partir du principe d'effectivité.

§ 3. — L'effectivité et les traités conclus sous la violence.

La solution fournie par le droit international au problème posé par les traités conclus sous la violence est une simple application du principe d'effectivité ; il faut, en effet, nous semble-t-il, avoir recours à ce principe pour fournir une explication cohérente du droit positif dans ce domaine.

Un traité, même conclu sous la violence, est valable et obligatoire, au regard du droit international, si il est effectif, c'est-à-dire si ses stipulations sont dans un rapport étroit et durable avec la réalité.

L'application de ce principe amène logiquement et nécessairement à distinguer entre les cas où la violence est exercée sur

(71) Georges SCELLE, *Fiume, La paix des peuples*, 1919, p. 84.

(72) Cf. par exemple GROTIUS, L. II. C. 11, S. 7. VATTEL, L. IV. Ch. 4, Parag. 33 ; PUFFENDORF, VIII, 8, 9 ; de MARTENS, I, p. 50 ; HALL, *International law*, p. 38.

(73) Cf. par exemple KHUHER, *Europaïsches Volkerrecht*, 1851, § 85. LAUTERPACHT, *Private Law sources and analogies in international law*, t. I, p. 165.

les négociateurs seuls et ceux où elle est exercée sur l'Etat lui-même.

Dans l'hypothèse où la violence est exercée sur les négociateurs seuls, le traité n'est pas effectif ; en effet, l'Etat, dont les représentants ont été contraints, refusera, par une réaction tout à fait naturelle, toute valeur obligatoire à l'engagement ainsi extorqué. Il pourra, par l'intervention de ses autres organes, priver le traité de valeur juridique ; la conclusion d'un traité est, en effet, un acte à procédure ; il suffira que la ratification n'intervienne pas, ou s'il s'agit d'un traité en forme simplifiée, qu'un désaveu de ce traité soit formulé par les organes internes de l'Etat, pour que le traité, ineffectif, ne soit jamais appliqué et ne soit jamais jugé valable.

En revanche, si la violence est exercée sur l'Etat lui-même, c'est-à-dire en définitive sur tous ses organes, le traité ainsi conclu sera effectivement appliqué ; l'Etat soumis à la violence ne pourra pas concrètement se soustraire aux effets d'une convention à laquelle il a adhéré sous la contrainte, en raison précisément de la pression dont il est l'objet ; c'est parce que la violence est exercée sur l'Etat lui-même que le traité est effectif ; cette qualité lui confère sa validité et sa force obligatoire.

Ainsi l'application du principe d'effectivité conduit-elle directement aux solutions du droit positif.

Cette explication a d'ailleurs été fournie par d'éminents auteurs, qui, sans employer le terme même d'effectivité, ont exactement analysé le problème de la validité des traités conclus sous la violence.

Georges Scelle écrit, par exemple, à propos des traités de paix : « La signature du vaincu n'a pas la valeur juridique d'un consentement, mais celle d'un aveu. Elle est la reconnaissance de la plus grande force du vainqueur, l'aveu du plus faible que la résistance est épuisée, et qu'il se résigne au rôle de minorité, c'est-à-dire à subir la loi de la force et du nombre. Elle est la base de la compétence de fait conquise par le vainqueur » (74). Cette formule montre bien que la validité des traités conclus sous la violence ne résulte pas du consentement de l'Etat vaincu, mais d'un phénomène de fait, l'effectivité du traité lui-même.

M. Charles de Visscher exprime à ce sujet un point de vue identique : « Sans jamais se confondre avec la force ni abdiquer devant elle, le droit doit compter avec elle. Il voit dans celui qui momentanément la détient un pouvoir capable de fonder un ordre, d'instaurer un certain degré de stabilité et de sécurité. Cet ordre,

(74) G. SCELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, Sirey, Paris, 1936, 99 p. Cf. également du même auteur : « *La morale des traités de paix* ». Ch. Cit.

il le conçoit et l'escompte, non pas en fonction seulement de la force, mais comme le fruit à la fois d'une certaine modération dans son usage et de sa consolidation par l'effet du temps » (75).

Cette formule, qui se réfère, dans une certaine mesure, à la théorie objectiviste, a le mérite de montrer que l'effectivité, qui fonde la validité du traité conclu sous la violence, ne se réduit pas à un simple phénomène de puissance matérielle ; comme nous l'avons déjà souligné, l'effectivité, relation entre la norme et le fait, la réalité a une dimension psychologique qui ne doit pas être sous-estimée; de plus, l'effectivité n'exprime pas une relation brutale et instantanée, mais un rapport continu, prolongé ; c'est dans la durée que s'établit la conciliation entre le pouvoir de fait et le pouvoir de droit.

Le pouvoir du vainqueur est de « l'ordre en puissance » (76). Le droit découvre en celui qui détient momentanément la force un pouvoir capable d'engendrer l'ordre, un ordre nouveau est escompté comme fruit d'une certaine modération dans l'emploi de la force et de la consolidation de ses effets par le temps (77).

Sir Fitzmaurice a très clairement exprimé le rôle de l'effectivité dans le problème des traités conclus sous la violence : « Ce n'est pas par indifférence pour les aspects moraux de la question... qu'on est amené à dire jusqu'ici qu'il n'est pas possible, en pratique, d'admettre la non-validité de ce genre de traités ; dans certaines circonstances, la paix doit passer avant la justice abstraite.. *La contrainte ou la menace qui a amené la conclusion du traité en assurera l'exécution...* » (78).

Il est intéressant de comparer, pour conclure, l'état actuel du droit international dans ce domaine avec le stade d'évolution atteint ou postulé dans les ordres internes.

La théorie de l'égalité souveraine des Etats est aussi inexacte que celle de l'égale liberté des individus.

La théorie consensualiste, fondée sur le postulat de la liberté et de l'égalité des hommes, est aujourd'hui abandonnée dans la plupart des ordres internes ; la technique des vices du consentement paraît insuffisante pour maintenir égale la balance entre des cocontractants dont l'inégalité de fait est par trop manifeste ;

(75) Ch. de Visscher, *Cours général de principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1254.II, t. 86, ici p. 498.

(76) M. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, 1929, p. 16.

(77) Ch. de Visscher, *Théories, op. cit.*, p. 314.

(78) Rapport précité. Commentaires p. 40. Dans le même sens, *Harvard Law School, Research in international law* III. *Law of treaties*. Supplément A.J.I.L., vol. 29, 1935. Washington, D.C., *The American Society of international law*, éditeur.

le consentement du cocontractant le plus faible, même s'il est librement exprimé, donc juridiquement valable, est souvent faussé par le jeu des pressions économiques qui lient sa volonté. L'intervention du législateur dans le droit des contrats a précisément pour but de remédier à cette inégalité de fait ; les ordres internes organisent une promotion de l'homme situé, aux dépens du caractère abstrait de la règle conventionnelle.

Ainsi s'explique notamment le développement du droit du travail. Le droit des conventions dans son état purement consensualiste, ne prenait en considération que certaines inégalités particulièrement voyantes : le mineur, l'incapable, l'interdit étaient protégés. Mais les conditionnements psychologiques, familiaux, sociaux, économiques, etc. qui soutiennent, orientent et limitent la volonté des individus n'étaient pas (et ne sont que partiellement aujourd'hui) corrigés ; les conditions de fait, les situations effectives n'étaient pas prises en considération. Les rapports de force qui commandent les engagements du salarié envers le patron, du locataire envers le propriétaire, du consommateur envers le producteur, etc. échappaient à l'analyse juridique. Les ordres internes, dépassant la théorie des vices du consentement, se préoccupent maintenant de corriger les situations effectives qui rendent inégales les situations contractuelles ; à une liberté du consentement définie abstraitement, se substitue progressivement une liberté effective garantie par les pouvoirs publics. Le droit du travail notamment, déchirant le voile de l'égalité de principe des individus, a pris en considération le travailleur, « homme situé », dans un certain concret. L'essor des diverses formes de socialisme traduit la révolte de l'homme situé contre le citoyen.

Le soutien que le droit du travail apporte aux salariés ne repose pas sur une base subjective, comme la théorie des vices du consentement, mais a un fondement objectif : le rétablissement d'une certaine équivalence des situations.

Le droit international est loin d'avoir atteint ce stade ; non seulement il ne tient pas compte de la violence dérivée, celle qui résulte notamment des inégalités économiques entre Etats, mais encore il n'applique pas rigoureusement la théorie des vices du consentement ; si un traité conclu sous la violence est valable en droit international, c'est parce que l'ordre international, encore primitif, non hiérarchisé, prend en considération l'effectivité des situations des sujets de droit et y attache des conséquences juridiques.

Ainsi est clairement souligné, dans un domaine très important du droit international, le rôle de l'effectivité. En fondant la force

obligatoire des traités conclus sous la violence, elle manifeste l'un des aspects de sa fonction créatrice dans l'ordre international.

Enfin, de même que les traités conclus sous la violence sont valables parce qu'ils sont effectifs, les compétences étatiques (gouvernementales ou territoriales) sont valablement établies lorsqu'elles correspondent à une suffisante effectivité : à ce dernier point de vue, la fonction créatrice de l'effectivité dans l'ordre international apparaît avec évidence.

Section III

L'EFFECTIVITE FONDE LA VALIDITE DES COMPETENCES ETATIQUES

L'Etat, sujet de droit doté de la personnalité morale, exerce des compétences gouvernementales ou de service public, dans un certain cadre territorial.

Les actes juridiques valables posés par les Etats, c'est-à-dire *les actes accomplis dans le cadre de leurs compétences*, sont opposables aux tiers, qui sont tenus d'en respecter les conséquences juridiques.

La question qui se pose alors est celle de savoir comment sont établies et délimitées les compétences des Etats ; ce problème très complexe recoupe celui de la nature et des effets juridiques de la reconnaissance en droit international.

Il apparaît, nous semble-t-il, au-delà des querelles d'école, à travers une étude du droit positif, que la validité des compétences étatiques et leur opposabilité aux Etats tiers ne dépendent pas de leur reconnaissance tacite ou expresse : elle dépend uniquement de l'effectivité de ces actes.

Cet exemple ne révèle qu'un cas d'application d'une règle plus générale que nous essaierons de dégager en éudiant le fondement de la validité des compétences étatiques gouvernementales et territoriales, selon laquelle c'est l'effectivité qui fonde la validité des compétences étatiques ; le rôle de l'effectivité dans ce domaine a déjà été souligné. Kelsen le résumait en écrivant : « Par le principe d'effectivité, le droit international délimite les domaines de validité des ordres juridiques nationaux au double point de vue gouvernemental et territorial » (79) ; c'est ce que nous montrerons

(79) Kelsen, *Théorie du droit international public*, R.C.A.D.I., 1953, t. III, pp. 1 à 203 et ici p. 196.

après avoir rappelé les principales théories doctrinales émises à ce sujet.

§ 1. — Les théories doctrinales relatives à la validité des compétences étatiques.

Les théories doctrinales émises à ce sujet doivent être distinguées par rapport à une option initiale fondamentale : celle du pluralisme et celle du monisme juridique.

A. — La validité des compétences étatiques selon les doctrines pluralistes.

Selon certains auteurs, chaque Etat constitue un ordre juridique souverain, et par là essentiellement autonome ; la société internationale est une juxtaposition d'ordres juridiques distincts et indépendants.

Chaque Etat a, par conséquent, la compétence de ses compétences qu'il établit et limite librement dans les différents domaines (c'est la théorie de l'autolimitation).

L'« incontrôlabilité », la liberté absolue, la possibilié de mener, dans les relations internationales, une politique indépendante sont à la fois les caractères et les conditions d'existence des Etats.

La reconnaissance par un Etat A des compétences exercées par un Etat B manifeste, selon cette théorie, la volonté de A de limiter ses propres compétences dans ses relations avec B ; et aucune relation juridique interétatique n'est possible en dehors de la reconnaissance.

Cette théorie est pratiquement abandonnée aujourd'hui ; l'esprit aspire à l'unité et le monisme juridique paraît une condition de l'existence même du droit sur le plan des principes.

Il est, d'autre part, illogique d'affirmer qu'un Etat est à l'origine de ses propres compétences, qu'il fonde lui-même sa « juridicité » ; le respect de la souveraineté des Etats est ici poussé à ses extrêmes conséquences (80).

Les auteurs positivistes ont formulé une théorie assez voisine de la précédente en admettant le caractère attributif ou constitutif des

(80) Cf. pour une analyse et une réfutation de ces théories, Victor Sukiemiki, *Essai sur la souveraineté des Etats en droit international moderne*, Paris, 1927, p. 174 et s. J.B. Scott, *Law, the state and the international community*, New York, 1939, 2 vol. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, t. I, p. 237 et s. Merignhac, *Traité de droit public international*, Paris, 1905, p. 227. Jellineck, *Die Lehre von den staatenverbin-dungen*, 1882, p. 92 et s.

actes de reconnaissance : selon cette théorie, c'est la reconnaissance, expresse ou tacite, émanant des autres Etats, qui confère aux actes étatiques leur validité et, par là-même, leur opposabilité (81) ; cette théorie nous paraît devoir être rejetée, car elle n'est pas conforme au droit positif (certains actes étatiques produisent effet *erga omnes* indépendamment de toute reconnaissance) et parce qu'elle a recours à la fiction de la reconnaissance présumée. De plus, cette théorie contient, semble-t-il, une contradiction logique : comment la souveraineté d'un Etat, compte tenu du caractère exclusif qui lui est reconnue dans cette théorie pluraliste, peut-elle être *constituée* initialement par des Etats tiers ?

Ces doctrines pluralistes sont aujourd'hui pratiquement abandonnées au profit des doctrines monistes.

B. — La validité des compétences étatiques selon les doctrines monistes.

Selon les partisans de ces théories, les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international constituent un système unique : le droit est un. Mais certains auteurs affirment la supériorité des ordres internes, tandis que d'autres reconnaissent la primauté du droit international, fondant ainsi différemment la validité des compétences étatiques.

1° *Monisme avec primauté du droit interne.*

La théorie de la primauté du droit interne sur le droit international a été énoncée par l'école autrichienne et a été reprise par quelques auteurs (82).

Selon cette théorie, la validité d'un acte posé par un Etat doit être appréciée selon la conformité de cet acte aux normes instituées par l'ordre juridique interne de l'Etat en cause ; la validité internationale s'apprécie selon des critères de droit interne.

L'opposabilité des actes de l'Etat dépend alors de l'acceptation des autres Etats.

(81) Anzilotti, *Cours, op. cit.*, p. 161 et s. Raestad, *La reconnaissance de l'Etat comme sujet de droit international*, R.D.I., 1934, p. 429 et s. Cavaglieri, *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1929.I, pp. 351-353. Strupp, *Eléments du droit international public universel, op. cit.*, pp. 80-82.

(82) En France par Decencière-Ferrandière par exemple ; on peut noter que la conception islamique du droit international est une des formes du monisme avec primauté du droit interne, l'Islam informant directement les règles juridiques de l'ordre international. C. Ahmed Rechid, *L'Islam et le droit des gens*, R.C.A.D.I., t. 60, 1937, p. 375 et s.

Ici apparaît la contradiction de cette théorie qui conduit logiquement au pluralisme juridique, du fait même de l'existence de relations internationales. Cette théorie, qui inspire certaines solutions de droit positif, ne peut être retenue, car elle est illogique et peu satisfaisante, en pratique, en raison des nombreux conflits qu'elle engendre.

En outre, cette théorie rend mal compte du rôle dévolu à la reconnaissance en droit positif, qui ne s'explique, nous semble-t-il, que dans le cadre d'une théorie moniste avec primauté du droit international.

2° *Monisme avec primauté du droit international.*

Suivant cette théorie, la hiérarchie entre les ordres juridiques accorde la primauté à l'ordre international ; c'est donc dans l'ordre international qu'il faut chercher les règles qui fondent la validité et l'opposabilité des actes posés par les Etats et qui, par là, délimitent les compétences des Etats.

Kelsen a nettement exprimé ce point de vue : « Le but primitif du droit international, sa fonction primaire, est de délimiter les domaines de la validité territoriale, personnelle et matérielle des ordres juridiques nationaux et ainsi d'établir entre eux un rapport de coordination » et encore « cette limitation (des domaines de validité d'un ordre juridique national) est une des fonctions essentielles de l'ordre juridique international, car elle seule permet la coexistence juridique d'une pluralité d'Etats, à savoir la validité simultanée de plusieurs ordres juridiques nationaux » (83).

Selon cette théorie, la reconnaissance présente deux aspects : *subjectivement,* elle implique que les conditions dans lesquelles un Etat exerce ses compétences ne sont pas contraires aux droits ou aux intérêts de l'Etat qui accorde la reconnaissance ; celui-ci exprime sa volonté de ne pas contester la validité de ces compétences, ni leur opposabilité à son égard.

Objectivement, la reconnaissance est l'accomplissement par chaque Etat d'une fonction internationale. par laquelle il constate la réalisation d'un certain fait-condition, prévu par le droit international, et auquel celui-ci confère certaines conséquences juridiques (84).

(83) Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public,* R.C.A.D.I. 1926. *Théorie du droit international public,* R.C.A.D.I., 1953, t. III, pp. 64 et 117. Sharp (Rolland Hall), *Non recognition as a legal obligation* (1775-1935), Thèse, Genève, 1934. Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales.

(84) Cf. résolution de l'Institut de droit international. Annuaire 1936, vol. 2, p. 300. Sur tous ces points, cf. Charpentier, *Thèse, op. cit.* Cf. aussi Kelsen,

Tucker a soutenu ce point de vue en écrivant : « *Recognition then is that general procedure established under international law for the determination of facts which, once established, have specific legal consequences* » (85).

Cette théorie est la plus satisfaisante ; elle rend compte de l'état du droit positif ; elle est suivie par la doctrine dominante ; mais elle amène à se poser la question essentielle suivante : quelles sont les conditions qui sont imposées par le droit international pour la réalisation des actes-condition objets de la reconnaissance ? ou encore : quelles sont les conditions imposées par le droit international à la détermination par chaque Etat de ses propres compétences ?

L'éude de l'établissement des compétences étatiques permet, semble-t-il, d'affirmer que ces conditions se ramènent à celles d'effectivité ; en d'autres termes, les compétences étatiques sont valables, au regard du droit international, et opposables, dans la mesure où elles sont effectives ; c'est ce que nous allons essayer de montrer à propos des compétences étatiques gouvernementales et territoriales.

§ 2. — La validité des compétences gouvernementales.

En raison du caractère ambigu et fortement politisé de la reconnaissance, l'interprétation de la pratique internationale dans ce domaine est difficile et donne naissance à de nombreuses controverses.

Certains auteurs ont cru pouvoir dégager d'une étude du droit positif certaines conditions d'ordre politique qui seraient imposées

Recognition in international law ; theoretical observations, A.J.I.L., 1941, p. 605 et s. LAUTERPACHT, *Recognition in international law, op. cit.*, p. 57. Cf. de VISSCHER, *Théories et réalités, op. cit.*, p. 289. Nous n'aborderons pas ici la question très controversée de *l'obligation de reconnaissance* ; en réalité, en reconnaissant l'existence d'une situation juridique nouvelle, les Etats ne considèrent pas nécessairement qu'ils sont libres de reconnaître ou non ; ils examinent si la situation litigieuse présente le caractère d'effectivité suffisante, qui la leur rend opposable. La situation de fait susceptible de produire des effets juridiques premiers, allie l'effectivité à la reconnaissance. L'effectivité sans doute peut apparaître sans que la reconnaissance lui soit attachée ; mais elle entraînera nécessairement la reconnaissance si elle se prolonge. La reconnaissance peut bien être donnée sans que l'effectivité soit réalisée. Elle ne pourra être maintenue si l'effectivité ne survient pas. Cf. PINTO, *La prescription, op. cit.*, p. 472.

(85) Robert W. TUCKER, *The principle of effectiveness in international law* (*in* Mélanges Kelsen, p. 31 et s.). Il faut distinguer les différentes sortes de reconnaissance : d'Etat, de gouvernement, etc. Mais toutes peuvent faire l'objet des remarques générales exposées ici.

par le droit international à l'établissement des compétences gouvernementales : nous examinerons rapidement ces théories pour les rejeter en raison de leur manque de bases juridiques.

La seule condition imposée par le droit international à l'établissement et, par conséquent, à l'opposabilité des compétences gouvernementales est celle de l'effectivité ; cette étude, qui mettra en lumière le rôle limité de la reconnaissance, souligne la fonction créatrice de l'effectivité dans l'ordre international : c'est, en définitive, de l'effectivité que résulte la modification apportée à l'ordre juridique international par l'établissement d'un nouveau gouvernement.

A. — Les conditions politiques de la validité des compétences.

Selon certaines théories, trois conditions d'ordre politique sont imposées, au gouvernement nouveau, pour que ses compétences soient opposables aux tiers dans l'ordre international ; mais aucune de ces conditions, que nous examinerons brièvement, ne semble imposée par le droit positif.

1° *La volonté de remplir les obligations internationales.*

Certains auteurs soutiennent qu'un gouvernement nouveau ne peut prétendre à exercer valablement ses compétences et à les rendre opposables aux tiers s'il n'a pas la volonté de remplir ses obligations internationales et de se soumettre au droit international.

De nombreux exemples tirés de la pratique internationale sont invoqués à l'appui de cette théorie.

Le Président des Etats-Unis, Hayes, a justifié en 1877 son refus de reconnaître le gouvernement Diaz, du Mexique, par l'argument que celui-ci n'avait pas l'intention de remplir ses obligations internationales.

Le même argument a permis à de nombreuses puissances de ne pas reconnaître le gouvernement soviétique qui avait répudié, en 1917, les obligations du gouvernement tsariste.

L'article premier, paragraphe 1, du pacte de la S.D.N. exigeait d'ailleurs que les Etats qui posaient leur candidature à l'organisation donnent : « des garanties effectives de leur intention sincère d'observer leurs engagements internationaux » ; l'article 4 de la Charte de l'O.N.U. emploie une formule analogue.

Les Etats-Unis et l'Australie justifient, par cet argument, leur

refus actuel de reconnaître le gouvernement de la Chine populaire (86).

Mais cette doctrine n'a aucune valeur juridique : il est, en effet, difficile d'apprécier « la volonté » d'un gouvernement de respecter les règles du droit international ; doit-on tenir compte de l'attitude adoptée par le nouveau gouvernement à l'égard des engagements internationaux souscrits par son prédécesseur ? Doit-on prendre plus largement en considération la nature de ce gouvernement, sa politique, sa légitimité ?

Le caractère politique de ces critères conduit à les rejeter ; certains auteurs soutiennent pourtant que la légtimité d'un gouvernement est une condition de l'opposabilité de ses compétences.

2° *Les conditions de légitimité.*

Les compétences gouvernementales ne seraient valablement établies qu'au profit des organes étatiques remplissant certaines conditions de légitimité.

Ici, encore, la pratique internationale fournit de nombreux exemples qui semblent justifier cette affirmation.

Au moment de la Sainte Alliance, par exemple, les Etats européens subordonnaient la reconnaissance de nouveaux gouvernements à une condition de légitimité dynastique : ce principe conservateur permettait de tenir à l'écart du concert des nations les gouvernements d'origine révolutionnaire.

A cette condition de légitimité dynastique, on a voulu substituer celle de la légitimité démocratique. Les gouvernements devraient, pour être investis de compétences opposables aux tiers dans l'ordre international, reposer sur un suffrage exprimant l'adhésion populaire. Selon cette doctrine, les régimes antidémocratiques sont instables, agressifs et insusceptibles de participer à la vie internationale ; au contraire, le soutien populaire garantit la stabilité d'un régime.

Une autre forme de cette théorie consiste à refuser aux gouvernements issus d'une révolution sanglante, la plénitude des compé-

(86) JESSUP, *op. cit.*, p. 603. FENWIK, « *the recognition of the communist government of China* », A.J.I.L., 1953, p. 658. H.M. VINACHE, *Recognition of the Chinese communist. World affairs.* U.S.A. automn, 1950, cf. la déclaration de M. Bowles, sous-secrétaire d'Etat des Etats-Unis, devant le Club national de la presse, aux termes de laquelle : « les Etats-Unis continueront à refuser de reconnaître la Chine communiste et à s'opposer à son entrée à l'O.N.U. car la Chine étant marxiste, impéraliste et insuffisamment développée sur le plan agricole, réunit à peu près toutes les conditions pour commettre une agression et ne saurait se conformer aux règles du droit international ». Cf. Ph. JESSUP, *U.S. Policy toward china*, 1949-1950. *Dep. of state.* Bulletin, 15 octobre 1951, p. 603, cf. aussi Chen. *op. cit.*, p. 116.

tences internationales ; cette règle résulterait d'une obligation de « civisme » international (87), mais le vote populaire pourrait purger le vice initial de tels gouvernements. Le secrétaire d'Etat américain Seward écrivait en ce sens en 1868 (88) : « *Revolutions in republican states ought not to be accepted until the people have adopted them by organic law, with the solemnities which would seem sufficient to guarantee their stability and permanence* ». Cette doctrine a été systématisée par le docteur Tobar, ministre des Affaires étrangères de l'Equateur, dans une note célèbre du 15 mars 1907.

De nombreux refus de reconnaissance de nouveaux gouvernements ont été, en pratique, justifiés par ces doctrines.

L'Angleterre n'a pas reconnu la première République française en faisant état de l'exécution de Louis XVI, le gouvernement de Pierre de Serbie à cause du meurtre du roi Alexandre, la restauration de la monarchie grecque en raison du meurtre des principaux membres du précédent gouvernement. De même, l'Angleterre n'a reconnu le gouvernement de Napoléon III qu'après le plébiscite du 2 décembre 1852 et le gouvernement français de la Défense Nationale qu'après le vote de l'Assemblée Constituante qui lui donnait une assise démocratique.

Les Etats centre-américains firent application de cette doctrine dans deux traités conclus entre les cinq républiques centre-américaines, les 20 décembre 1907 et 7 février 1923.

Les Etats-Unis firent largement usage de cette doctrine dans leurs relations avec les Etats sud-américains, notamment sous le mandat du Président Wilson (89).

Le même principe permit à l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie et l'Espagne de refuser de reconnaître le gouvernement du Portugal jusqu'en 1911, date à laquelle se déroulèrent des élections générales au Portugal.

Un contrôle de la légitimité a également été institué pour l'admission de nouveaux membres à la S.D.N. se fondant sur une interprétation extensive de l'article premier du pacte qui exigeait que les membres se gouvernassent « librement » (alors que le projet français précisait que les membres devaient être « les nations

(87) SIBERT, *Traité, op. cit.*, I, p. 201.

(88) Cité par LAUTERPACHT, *Recognition, op. cit.*, p. 217.

(89) Cf. LAUTERPACHT, *Recognition, op. cit.*, p. 124. Les Etats-Unis invoquèrent cette doctrine pour refuser de reconnaître le Nicaragua en 1912, le Mexique en 1913, la République Dominicaine en 1913 et 1916, l'Equateur en 1913, Costa-Rica et Cuba en 1917, le Honduras en 1923, le Nicaragua en 1926, le Guatemala en 1930, le Salvador en 1931.

constituées en Etats et pourvues d'institutions représentatives permettant de les considérer comme responsables elles-mêmes des actes de leur propre gouvernement » (90) ; cette interprétation a justifié notamment le refus d'admission du Costa Rica (dont le gouvernement « reposait uniquement sur la force militaire ») jusqu'en 1921. L'*Emergency advisory comittee for political defense*, réuni le 24 décembre 1943, qui recommandait de ne pas reconnaître durant la guerre les gouvernements établis par la force, avant de se consulter pour enquête sur les circonstances dans lesquelles il s'était établi, un tel gouvernement pouvant être suspect de sympathies pour l'Axe, a également appliqué cette doctrine (91).

L'idéologie proclamée par la Charte des Nations Unies semblerait permettre un contrôle de la légitimité des gouvernements ; mais ces principes sont si vagues et susceptibles d'interprétations si différentes (en raison de la double notion de démocratie notamment) que des divergences profondes demeurent entre les idéologies des divers Etats membres (92).

Malgré tous ces exemples tirés de la pratique, il nous paraît impossible d'affirmer que le droit positif international impose aux nouveaux gouvernements une condition de légitimité quelconque pour que leurs compétences soient opposables.

Le défaut de légitimité n'est jamais qu'un prétexte d'apparence juridique invoqué pour justifier un refus de reconnaissance inspiré par des considérations purement politiques ; les exemples précédents le révèlent clairement.

De plus, cette doctrine permet une ingérence extrême dans les affaires intérieures du nouveau gouvernement ; le secrétaire d'Etat américain Stimson déclarait, dans une sorte d'autocritique, le 6 février 1931, que cette doctrine permettait une ingérence très nette dans les affaires intérieures d'un Etat (93).

Certes, de nombreux Etats invoquent cette doctrine pour refuser de reconnaître un nouveau gouvernement ; mais cela signifie seulement que le droit international n'impose aucune obligation de reconnaissance (94), et nullement qu'il soumette la validité de

(90) Cf. GIRAUD, *L'admission des Etats dans la S.D.N.*, R.G.D.I.P., 1936, p. 30

(91) Cf. FENWICK, *The recognition of new government instituted by force*, A.J.I.L. 1944, p. 448. FENWICK, *International law, op. cit.*, p. 172. J.-R. DUPUY, *Le nouveau panamericanisme, op. cit.*, p. 196.

(92) Cf. J.-R. DUPUY, *Agression indirecte et intervention sollicitée à propos de l'affaire Libanaise*, A.F.D.I., 1959, pp. 432 à 467 et ici, p. 454 et s.

(93) Cf. CHEN, T.C. *The international law of recognition, op. cit.*, p. 951.

(94) Cette question a donné lieu à de vives controverses ; l'institut de droit international, dans son projet de résolution voté en 1936, n'a pas pu se mettre d'accord sur un projet d'article (art. 13) ainsi libellé : « L'abstention ou le refus de reconnaissance d'un gouvernement nouveau ne peut, sauf convention

l'établissement des compétences étatiques à une condition de légitimité.

De plus, il serait facile de montrer que le droit international ne contient aucune définition de la légitimité ; si cette condition de la légitimité doit être rejetée, la condition de l'indépendance est-elle plus fondée ?

3° *La condition d'indépendance.*

La doctrine s'accorde à reconnaître que l'indépendance, c'est-à-dire l'absence de subordination à l'égard d'une autre puissance, est une qualité inhérente à l'Etat ; de nombreux auteurs identifient d'ailleurs purement et simplement les notions d'indépendance et de souveraineté ; une étude systématique de la notion d'indépendance a été élaborée, notamment par M. Rousseau, qui a montré que l'indépendance de l'Etat implique à la fois l'exclusivité, l'autonomie et la plénitude de la compétence (95).

Les compétences gouvernementales ne pourraient donc être exercées que par un organe indépendant. Ainsi un nouveau gouvernement, établi grâce à l'intervention de puissances étrangères, ne pourrait exercer valablement les compétences étatiques, son indépendance n'étant pas assurée.

Le secrétaire d'Etat américain Stimson a exprimé cette doctrine dans une note célèbre adressée au Japon et à la Chine, le 7 janvier 1932, dans laquelle il faisait savoir que « le gouvernement des Etats-Unis n'était pas disposé à reconnaître une situation, traité ou accord qui aurait été obtenu par des moyens contraires aux engagements et obligations du Pacte de Paris du 22 août 1928 » (96). Ainsi, se trouvait justifié le refus de reconnaître le Mandchoukouo dont la naissance avait été suscitée par l'intervention armée du Japon en Mandchourie (97).

spéciale, être motivé par la forme de ce gouvernement ou son mode d'accès au pouvoir » et s'est contenté de décider que l'Etat est « libre » de procéder ou non à la reconnaissance (annuaire 1936.II, pp. 194, 243, 253). De même la commission de droit international des Nations Unies, dans son projet de déclaration des droits et devoirs des Etats, ne put se mettre d'accord sur un article 2 qui déclarait que tout Etat « est fondé à avoir son existence reconnue ». Le droit international n'impose aucune obligation de reconnaissance : celle-ci serait d'ailleurs dépourvue de sanction.

(95) Cf. Ch. Rousseau, *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international*, R.C.A.D.I., 1948.II, pp. 171-253. Le juge Seferiades a, dans l'affaire des *phares en Crète et à Samos*, mentionné « le droit de libre organisation » comme une des conditions essentielles de l'existence de l'Etat (C.P.J.I., Série A/B, n° 71, p. 136).

(96) *Official journal of. U.S.*, 1932, p. 383.

(97) La doctrine Stimson justifie le refus de reconnaissance dans cette hypothèse par le défaut d'indépendance du nouvel Etat et aussi en raison de la vio-

La doctrine Stimson a été adoptée par une résolution de la S.D.N. du 11 mars 1932, portant obligation de ne pas reconnaître le Mandchoukouo.

Mais l'application de cette doctrine donne naissance à des difficultés pratiques d'autant plus grandes qu'elles sont davantage mêlées de considérations politiques.

Il est facile de montrer, par exemple, que les puissances qui ont voté la résolution du Mandchoukouo y avaient un intérêt immédiat. L'U.R.S.S., chassée de Port-Arthur par le Japon en 1905, ne tenait pas à l'y voir se réinstaller à travers le Mandchoukouo : l'expansion japonaise menaçait les Etats-Unis dans leur défense des Philippines, la Grande-Bretagne dans ses investissements et ses concessions en Chine, la France en Indochine (98).

Chaque fois, en pratique, qu'un refus de reconnaissance a été justifié par le défaut d'indépendance du nouveau gouvernement, des motifs politiques ont été dissimulés sous cet argument d'apparence juridique.

Le degré d'indépendance du gouvernement d'un Etat est, en effet, très difficile à apprécier objectivement. La plupart des Etats se trouvent dans une situation de dépendance plus ou moins accentuée et plus ou moins apparente à l'égard de telle grande puissance (99). L'égalité des Etats est une égalité postulée, formelle et non pas effective. Aussi l'appréciation du degré d'indépendance d'un Etat donne-t-elle lieu à la prise en considération de facteurs politiques, irréductibles au droit. Une influence politique ou économique qui n'excède pas certaines limites n'est pas, semble-t-il, incompatible avec le maintien de l'indépendance d'un gouvernement (100).

Par exemple, un Etat vaincu par les armes peut subsister malgré une capitulation militaire inconditionnelle, si la situation évolue de telle sorte qu'il ne peut être considéré comme étant subordonné d'une manière définitive aux puissances victorieuses (c'est le cas de l'Allemagne actuellement) (101).

lation commise par le Japon des clauses du pacte Briand-Kellog. Sur la doctrine Stimson, cf. QUINCY WRIGHT, A.J.I.L., 1932, vol. 26, p. 342. Cf. aussi HYDE, *International law*, vol. I, pp. 374-378. R. LANGER-SEIZURE, *of territory*. 1947. SHARP, *op. cit.* WALDOCK, *The use of the force in international law*, R.C.A. D.I., vol. 81, 1952, pp. 451 à 518. MIAJA de la MUELA, *op. cit.*, p. 120.

(98) Cf. MOULIN, *Expériences récentes de non-reconnaissance en droit international*. MANDCHOUKOUO, *Espagne nationaliste*, Thèse, Lyon, 1938, pp. 35-37.

(99) A tel point qu'on pourrait soutenir sans paradoxe excessif que seuls les Etats-Unis et l'U.R.S.S. sont aujourd'hui des Etats souverains.

(100) Cf. GUGGENHEIM, *Principes généraux...*, *op. cit.*, p. 86.

(101) Cf. STRAUSS, *The division and dismembrement of germany from the Casablanca conference* (January, 1943), *to te establishement of the East. German Republic* (octobre 1945), thèse Genève, 1952.

C'est une des contradictions de la doctrine soviétique du droit international, que la conciliation à laquelle sont conduits les juristes appartenant à cette école, à partir de principes pourtant très rigides. La doctrine soviétique du droit international affirme, en effet, d'abord que, dans les relations entre Etats capitalistes, la souveraineté est « l'expression juridique » des forces des divers Etats ; en temps de paix, ces forces sont principalement des forces économiques de concurrence, la souveraineté apparaît comme l'expression juridique du « *bargaining power* » d'une puissance économique sur le marché international. Or, la souveraineté, selon la définition qu'en fournissent ces auteurs, implique nécessairement une indépendance effective. Levin, par exemple, écrit à ce sujet : « La souveraineté est la suprématie du pouvoir étatique... c'est *la capacité juridique*, c'est-à-dire fixée dans le droit et, en même temps, la *capacité effective* d'exercer ses fonctions en qualité d'organisation investie de pleins pouvoirs sur son territoire et en qualité de membre indépendant de la communauté des Etats (102). ». Logiquement, cette définition de la souveraineté devrait emporter la conséquence que toute dépendance économique ou politique entraîne la perte de la souveraineté. L'école soviétique n'a pas tiré cette conséquence de sa définition initiale ; au contraire, Levin écrit à ce sujet : « Pour un peuple qui se trouve sous la dépendance économique de l'impérialisme, l'autonomie politique et l'autonomie juridique, si elles sont établies sur un minimum de bases économiques, offrent quelque possibilité de lutter pour l'extension de ces bases, pour le développement de son économie, ce qui, à son tour, renforce la souveraineté politique ». En définitive, les auteurs soviétiques estiment qu'on peut parler de souveraineté lorsqu'on est en présence de la pleine indépendance politique et d'un minimum de bases économiques de cette indépendance. L'effectivité de l'indépendance se mesure au pouvoir économique et à la capacité d'autodéfense de l'Etat, qui sont les garanties réelles de la souveraineté ; mais l'indépendance politique seule, même si elle est relative à de simples superstructures, peut suffire pour justifier la reconnaissance d'un Etat.

On voit bien, à travers cette doctrine, comment s'infléchit la notion d'indépendance ; prise initialement comme une condition indispensable, voire même comme un critère de l'établissement des compétences étatiques, elle apparaît, au terme du raisonnement, comme une qualité susceptible de degré ; à la limite, les auteurs

(102) LEVIN, *Princip suverenitata v. sovets-kom-i-mezdunarodm prave* (le principe de souveraineté dans le droit soviétique et le droit international), 1947, p. 3, cité par J.Y. CALVEZ, *op. cit.*, p. 228.

soviétiques sont amenés à considérer, dans le cadre de leur conception « stratégique » ou dialectique de la souveraineté, qu'un Etat ne peut atteindre véritablement son indépendance, sa libération économique, qu'en se séparant de « l'impérialisme » et du capitalisme, c'est-à-dire en s'orientant vers la démocratie populaire et vers le système du socialisme intégral.

D'une indépendance actuelle, mesurable mais toujours limitée, on est amené, dans le cadre de cette doctrine, à tenir compte de l'orientation politique du gouvernement de l'Etat en question ; à la limite, l'indépendance paraîtra réalisée par rapport à un groupement d'Etats ou, par rapport à une grande puissance donnée, si l'Etat en cause est dans une situation de dépendance vis-à-vis de ce groupement ou de cette grande puissance.

En pratique, on constate d'ailleurs que, si les Etats-Unis n'admettent pas une pareille doctrine, ils se conduisent concrètement comme s'ils adoptaient, eux aussi, une conception stratégique de la souveraineté : ils ne mettent pas en question, par exemple, au titre de l'indépendance l'établissement des compétences étatiques de petits Etats sud-américains qui sont dans leur influence ; ils contestent, en revanche, la validité de l'établissement des compétences de certaines républiques populaires et notamment de l'Allemagne de l'Est, en affirmant que les gouvernements de ces Etats sont « inféodés » à l'U.R.S.S. L'U.R.S.S. adopte la même attitude en sens inverse.

Il apparaît donc que la condition d'indépendance est d'ordre principalement politique : à ce titre, elle ne peut être considérée comme une condition juridique de l'établissement des compétences gouvernementales.

Ni la volonté de remplir les obligations internationales, ni la légitimité du gouvernement, ni l'indépendance de celui-ci, ne sont, nous semble-t-il, des conditions imposées par le droit international à l'établissement et à l'opposabilité des compétences gouvernementales.

La seule condition juridique paraît être celle de l'effectivité : nous allons maintenant l'examiner.

B. — La condition juridique. — L'effectivité.

Il apparaît à l'étude du droit positif qu'un groupement social dont les organes exercent effectivement les compétences étatiques, se voit attribuer par le droit international les compétences d'un Etat ; ses compétences sont valables et opposables aux autres sujets

du droit international ; le refus de reconnaissance n'a d'effet que dans la mesure où il entraîne lui-même des conséquences effectives, c'est-à-dire dans la mesure où il sert de point de départ à une procédure de détermination et d'exécution du droit.

Tucker a exprimé très nettement cette règle en écrivant que « *the fact state is determined according to that criterion established by a rule of general international law : the rule of effectiveness* » (103).

Le droit positif offre de nombreux exemples illustrant ce principe.

Le droit positif montre que le défaut de reconnaissance d'un gouvernement effectif n'a pas pour effet d'empêcher la naissance de relations juridiques entre l'Etat dont le gouvernement n'est pas reconnu et celui qui refuse la reconnaissance.

Des relations peuvent s'établir entre les deux entités : elles apparaissent ou bien devant le juge interne de l'Etat qui refuse la reconnaissance, ou bien à l'occasion de problèmes de responsabilité internationale, ou bien dans le domaine des relations internationales volontaires. L'étude de ces diverses relations juridiques révèle que les compétences d'un gouvernement non reconnu sont opposables aux tiers si le gouvernement est effectif.

1° *L'application de la loi étrangère par le juge national.*

Le juge interne de l'Etat qui refuse la reconnaissance à un autre Etat peut être amené à appliquer la législation (entendue au sens matériel) de l'Etat non reconnu ; celle-ci peut, en effet, être invoquée devant le juge, soit par un ressortissant de l'Etat non reconnu qui y est assujetti personnellement, soit par un ressortissant de l'Etat du juge qui y est soumis territorialement.

Certains auteurs ont soutenu que le juge, étant subordonné au pouvoir exécutif, et ne pouvait, en tout cas, s'ingérer dans la politique extérieure généralement réservée au pouvoir exécutif, ne saurait appliquer la législation d'un Etat que son gouvernement n'a pas reconnu (104).

Cette conception, largement étayée par la jurisprudence, conduit le juge, qui ne saurait affaiblir la position diplomatique de son gouvernement, à refuser d'appliquer la législation du gouvernement non reconnu.

(103) Tucker, *op. cit.*, p. 40.

(104) Noel Henry, *Les gouvernements de fait et le juge*, thèse, Paris, 1927. Du même auteur, *La doctrine en matière de reconnaissance de gouvernements étrangers*, R.G.D.I.P., 1928, pp. 201-267.

Mais l'application de cette théorie aboutit à ruiner tous les rapports privés internationaux dans le cas où un gouvernement retarde longtemps la reconnaissance du gouvernement effectif d'un Etat. Aussi, la jurisprudence la plus abondante admet-elle, en principe, que le juge interne de l'Etat qui refuse la reconnaissance doit appliquer la législation du gouvernement étranger non reconnu, si celui-ci est effectif. L'appréciation de cette effectivité par le juge est évidemment très délicate. Pourtant, l'application de la législation d'un gouvernement étranger dépend uniquement de son effectivité : elle n'est pas liée à sa reconnaissance par le gouvernement de l'Etat du juge.

C'est le caractère réel du pouvoir qui fonde l'application de la législation émanant du gouvernement étranger non reconnu.

Par exemple, le gouvernement soviétique n'a pas été immédiatement reconnu, après sa constitution en 1917, par de nombreux Etats. Dix ans après que le régime tsariste se soit effondré, le gouvernement provisoire de Kerensky continuait à représenter la Russie à Londres et à New York. Mais la vie a battu en brèche cette fiction de l'inexistence juridique d'un gouvernement effectif non reconnu (105).

C'est la jurisprudence américaine interne qui a d'abord rompu sa soumission au pouvoir exécutif, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, et qui a reconnu la validité des actes législatifs et réglementaires pris par le gouvernement des Soviets, en raison de l'existence *de facto* de celui-ci ; de nombreux arrêts ont établi cette jurisprudence, notamment en ce qui concerne les décrets de nationalisation du gouvernement soviétique ; les conséquences juridiques de l'exercice effectif des compétences et les conséquences politiques du refus de reconnaissance (106) y sont nettement distinguées.

On trouve, dans l'un de ces arrêts, une formule très explicite à ce sujet : « La reconnaissance ne crée pas l'Etat. La Russie sovié-

(105) B. LANDAU, *La reconnaissance du gouvernement des soviets par les tribunaux américains.* Journal de droit international, 1934, p. 564 et s. CRANE, *Le satut du gouvernement soviétique en Angleterre et en Amérique,* même revue, 1925, p. 325. DICKINSON, *Recent recognition cases,* A.J.I.L., 1925, p. 265.

(106) Affaire *Rogolai. Cour de district du nord de la Californie, in* NOEL Henry, *La doctrine américaine en matière de reconnaissance de gouvernements étrangers,* R.G.D.I.P., 1928, n° 2, p. 227. *Cours de district de l'est de l'Etat de New York,* affaire *Penza in sthille. Die Riechtstellung der de facto Regierung in der englischer und amerikanischer rechstprechung,* p. 39 ; Division d'appel de la Cour suprême de l'Etat de New York, affaire *Russian socialist Federated soviet government,* v. *Abrario,* 1921, *in* NOEL Henry, *op. cit.,* I, p. 228. La Cour suprême fédérale a entériné cette jurisprudence dans l'affaire *Lehig Valleg Railroad v/ State of Russia,* en 1927, *in* NOEL Henry, *op. cit.,* pp. 244-245.

tique n'est pas, au point de vue juridique, assimilable à une bande de brigands ; les décrets soviétiques ont acquis une telle autorité qu'ils sont en état de modifier les droits et obligations des particuliers et ils ne peuvent être ignorés par les juridictions américaines, bien qu'ils émanent d'un gouvernement non reconnu, au point de vue politique, par le gouvernement des Etats-Unis » (107).

Les juridictions américaines ont également décidé que le gouvernement soviétique, étant « souverain dans les limites de son territoire », ne pouvait être poursuivi devant une juridiction américaine sans son consentement, bien qu'il n'ait pas été reconnu par le gouvernement américain (108).

Les juridictions des autres Etats, dont les gouvernements n'avaient pas reconnu le gouvernement soviétique, ont d'ailleurs adopté des positions analogues.

La Cour de district d'Amsterdam a, par exemple, admis que le gouvernement soviétique pouvait agir en justice devant les juridictions américaines. L'arrêt exportchleb Ltd v/Goudeket considère que : « Le défaut de reconnaissance du gouvernement soviétique n'entraîne en aucune façon la conséquence que le gouvernement *de facto* de l'Etat russe soit incompétent pour représenter la Russie dans les matières de droit civil devant les Cours de Hollande (109).

La reconnaissance du gouvernement soviétique, intervenue ultérieurement, est venue constater l'effectivité du gouvernement des Soviets.

Ainsi, la législation d'un gouvernement effectif non reconnu est-elle appliquée par les juridictions internes de l'Etat qui refuse la reconnaissance.

Mais, réciproquement, la législation d'un gouvernement reconnu est inapplicable lorsque celui-ci ne contrôle pas effectivement ses ressortissants ; cette hypothèse se présente en pratique dans le cas où un gouvernement insurgé s'oppose durablement au gouvernement légal et reconnu. La guerre civile espagnole a, par sa durée, donné l'occasion aux juridictions étrangères de se prononcer dans ce sens.

Le gouvernement espagnol républicain voulut, par exemple, obtenir du gouvernement hollandais une saisie foraine afin de détenir

(107) Cour d'appel de New York, affaire *Salimoff and C° c/ Standard Oil*, 1933.

(108) Cour d'appel de New York, *Wulfsohm v/Russian Republic* cité par STILLE, *op. cit.*, p. 98. Cf. aussi OSMOND FRAENKEL, *The juristice statuts of foreign states Columbia law review*, 1925.

(109) Cours de district d'Amsterdam, 1935, Annual Digest of international law Edited by Lauterpacht, 1935-1936, n° 36.

en Hollande, où il était mouillé, le navire espagnol *Seudeja*, immatriculé à Bilbao et conduit par un équipage nationaliste qui désirait rejoindre son port d'attache. La Cour de district de Haarlem, en Hollande, rejeta cette demande car le décret de réquisition sur lequel s'appuyait la demande du gouvernement républicain, avait été signé huit jours après la prise de Bilbao par les insurgés, à une date où le gouvernement légal n'avait plus d'autorité sur cette région (110). Ainsi, les juges appliquent-ils les mêmes principes et arrivent-ils aux mêmes solutions, que le gouvernement étranger soit reconnu ou non. Ce rapprochement montre clairement que l'opposabilité des compétences gouvernementales n'est pas liée à la reconnaissance mais qu'elle dépend uniquement de l'effectivité de ces compétences.

L'étude des immunités de juridiction conduit à la même conclusion.

2° *Les immunités de juridictions.*

L'immunité dont jouit un Etat devant les juridictions étrangères est-elle liée à la reconnaissance de cet Etat (ou de son gouvernement) ?

Les juridictions internes des Etats qui refusent la reconnaissance ont, le plus souvent, accordé le bénéfice de l'immunité au gouvernement effectif étranger, même non reconnu (111).

Pour justifier leurs décisions, certaines juridictions ont invoqué l'idée de la continuité de l'Etat malgré les changements de gouvernements. L'immunité est attachée à l'Etat : peu importe que le gouvernement ne soit pas reconnu.

Mais on peut se demander comment, en application de ce raisonnement, il est possible d'imputer des actes à un Etat si on ne reconnaît pas à l'auteur de ces actes, le gouvernement non reconnu, qualité pour représenter cet Etat.

En réalité, cette jurisprudence s'explique par une distinction très nette entre le fait et la reconnaissance : l'immunité de juridiction est accordée à tout gouvernement effectif.

Le rôle de l'effectivité dans l'opposabilité des compétences étatiques apparaît encore à l'étude des problèmes de responsabilité internationale.

(110) 24 juillet 1937, *Annual Digest of international law* (LAUTERPACHT), 1935-1937, n° 74.

(111) Si l'Etat lui-même n'est pas reconnu, le problème est plus complexe. Souvent l'immunité de juridiction est rattachée à la reconnaissance. Cf. CHARPENTIER, thèse citée, p. 65 et les exemples.

3° *La responsabilité internationale.*

Le problème envisagé ici est celui de savoir si un acte, illicite selon le droit international, peut être imputé à un Etat dont le gouvernement n'est pas reconnu par l'Etat victime du préjudice auquel cet acte a donné naissance.

La pratique a, dans ce domaine, détaché la responsabilité de la reconnaissance pour la lier à l'effectivité du gouvernement en cause.

L'Etat non reconnu est, en principe, responsable des actes illicites qu'il a commis — le principe est valable aussi bien pour la responsabilité délictuelle que pour la responsabilité contractuelle.

Certes, la non-reconnaissance peut empêcher de mettre en mouvement la justice internationale, en raison du caractère largement conventionnel de celle-ci.

Aussi, le problème de la responsabilité d'un Etat (ou d'un gouvernement) non reconnu, se pose-t-il, en pratique, après que la reconnaissance soit intervenue (112).

Dans ce cas, les décisions jurisprudentielles invoquent souvent la fiction de la rétroactivité de la reconnaissance (si celle-ci est intervenue entre le moment de l'accomplissement de l'acte illicite et celui de la décision juridictionnelle) ou celle de la continuité de l'Etat (si le gouvernement non reconnu a fait place à un gouvernement nouveau, bénéficiaire de la reconnaissance).

Mais, derrière ces fictions juridiques, apparaît le principe d'effectivité, comme le révèle l'étude de la jurisprudence internationale.

Dans l'affaire Tinoco, par exemple, la Grande-Bretagne demandait au nouveau gouvernement du Costa Rica, l'exécution des obligations contractées par son prédécesseur, le gouvernement Tinoco, que la Grande-Bretagne elle-même n'avait pas reconnu. Mais le Costa Rica opposait à la Grande-Bretagne sa propre volonté de ne pas qualifier le gouvernement Tinoco de gouvernement valable. L'arbitre unique, Taft, rejeta cet argument en décidant que le refus de reconnaissance du gouvernement Tinoco par la Grande-Bretagne, fondé non sur l'ineffectivité de ce gouvernement mais sur

(112) Sinon le problème n'atteint pas le niveau contentieux : c'est le cas par exemple des incidents internationaux qui opposent des Etats qui ne se sont pas reconnus : une réparation est quelquefois accordée, mais la procédure suivie n'est évidemment pas juridictionnelle (cf. BRIERLY, *The law of Nations*, p. 124. Cf. aussi les nombreux incidents, notamment aériens, ayant opposé des Etats des deux blocs qui ne se reconnaissent pas réciproquement).

son illégitimité, ne saurait avoir pour effet de supprimer la responsabilité internationale de ce gouvernement (113). Cette décision a été confirmée par la sentence arbitrale Hopkins, qui s'est d'ailleurs fondée sur le précédent Tinoco (114).

De même, un Etat dont le gouvernement effectif n'est pas reconnu par celui d'un autre Etat, peut demander réparation à cet Etat d'un dommage que celui-ci lui aurait causé. Certes, l'Etat non reconnu ne pourra ester devant les tribunaux internes de l'Etat qui ne le reconnaît pas, cette possibilité étant liée à la compétence discrétionnaire de l'Etat qui refuse la reconnaissance (115).

Un compromis permettant de saisir une juridiction internationale ne pourra pas, non plus, être signé entre les deux Etats. Mais s'il arrivait que les deux Etats soient adhérents au statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, et signataires de la clause facultative de juridiction obligatoire, la Cour pourrait être saisie et le droit à réparation de l'Etat non reconnu sanctionné. Cette hypothèse ne s'est pas encore réalisée en pratique, mais elle paraît indiscutable.

La solution des problèmes de responsabilité internationale dépend donc uniquement, en ce qui concerne l'imputabilité de l'acte illicite, d'une part, et le droit à réparation, d'autre part, de l'effectivité du gouvernement de l'Etat défendeur ou demandeur.

Enfin, le droit positif offre des exemples de l'établissement de relations de nature juridique entre gouvernements dont l'un n'est pas reconnu par l'autre : parmi elles, nous examinerons plus particulièrement la capacité du gouvernement non reconnu mais effectif d'établir des relations avec les Etats qui refusent de le reconnaître, et l'exercice, par un tel gouvernement, du droit de blocus en temps de guerre.

4° *L'établissement de relations internationales.*

La nécessité des relations internationales prévaut sur la volonté des Etats de ne pas reconnaître le gouvernement effectif d'un autre Etat.

Un gouvernement effectif peut, par exemple, devenir membre d'une organisation internationale dont font partie des Etats qui ne l'ont pas reconnu ; il peut aussi conclure avec de tels Etats des

(113) Cf. Recueil des sentences arbitrales publiées par l'O.N.U., I.369 (sentence du 18 octobre 1923).
(114) Tribunal Mixte Etats-Unis, Mexique, Recueil O.N.U., IV.41.
(115) Cf. CHEN, *op. cit.*, pp. 135-139.

traités valables. Certes, ces actes ne valent pas reconnaissance ; mais la possibilité de leur accomplissement révèle que l'effectivité est bien le critère de l'opposabilité des compétences gouvernementales.

Un gouvernement effectif peut d'abord devenir membre d'une organisation internationale dont font partie des Etats qui ne l'ont pas reconnu. L'examen de la pratique de la S.D.N. et de l'O.N.U. le montre bien.

Deux problèmes distincts se posent ici : celui de l'admission de l'Etat dans l'organisation et celui de sa représentation. En principe, c'est le critère d'effectivité qui détermine l'admission d'un Etat dans une organisation à caractère universel telle que la S.D.N. ou l'O.N.U.

La commission désignée par l'Assemblée de la S.D.N. pour rechercher, en application de l'article premier du Pacte, si les candidats membres remplissaient les conditions requises pour être admis, examinait si le pays en question possédait un gouvernement stable, des frontières définies, et si l'autorité du gouvernement central s'exerçait effectivement sur tout le territoire : la condition d'effectivité était donc, dans cette procédure, prise en particulière considération.

Les conditions posées par l'article 4 de la Charte des Nations Unies pour l'admission des nouveaux membres sont très imprécises, mais elles font également référence à la notion d'effectivité (116).

Le problème de la représentation d'un Etat est, certes, plus complexe : il se pose avec acuité lorsque deux organismes concurrents prétendent simultanément avoir vocation pour représenter un Etat à l'organisation.

Ce problème s'est posé à diverses reprises (117), aussi bien à la S.D.N. qu'à l'O.N.U. Mais c'est, sans conteste, le problème de la représentation de la Chine à l'O.N.U. qui soulève les difficultés les plus graves. Ce problème revêt une importance considérable, puisque la Chine est un des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité.

On sait que la question fut soulevée, en 1950, devant le Conseil de Sécurité par l'U.R.S.S., qui proposa une résolution tendant à

(116) « Peuvent devenir membres... les Etats... qui sont *capables* de remplir les obligations... ». Selon l'avis rendu par la C.I.J. à ce sujet le 17 novembre 1947, aucune autre condition que celles prévues par la Charte, ne peut être imposée à l'admission d'un Etat à l'O.N.U.

(117) 17e session de l'Assemblée de la S.D.N. en 1936 : problème de la représentation de l'Ethiopie - 26e session de la Conférence internationale du travail en 1944 : problème de la représentation de la Yougoslavie.

exclure le « représentant du groupe du Kuomintang » du Conseil (118). Cette proposition fut rejetée.

L'Assemblée générale fut saisie, au début de la cinquième session, d'une résolution indienne selon laquelle un Etat membre devrait être représenté « par un gouvernement qui exerce effectivement, et d'une façon vraisemblablement permanente, son autorité sur le territoire de cet Etat et soit assuré d'être obéi par sa population » (119). Ce projet de résolution fut également rejeté.

Depuis 1960, au début de chaque session, l'Assemblée renvoie à la session suivante l'examen de toute proposition tendant à examiner le problème de la représentation de la Chine. Cette attitude de l'organisation nous paraît illégale.

Pour la justifier, on a soutenu que, pour trancher ce problème de représentation, il fallait tenir compte « de la volonté des gouvernements en cause d'atteindre les objectifs de la Charte et d'en respecter les principes » ; on a aussi avancé une condition de légitimité démocratique ; on a aussi soutenu que devrait être envisagée « la mesure dans laquelle l'établissement de l'autorité du gouvernement en cause était due à des pressions extérieures » (120).

Mais aucun vote positif n'a pu intervenir sur la nécessité de l'une quelconque de ces conditions, qui sont directement inspirées par les doctrines politiques que nous avons précédemment invoquées.

En réalité, les problèmes de la représentation et celui de l'admission à l'O.N.U. n'ont pas été résolus correctement ; les ambiguïtés politiques qui entachent tout le mécanisme de la reconnaissance n'ont pas disparu. Comme on l'a dit, « au lieu de substituer une décision unique de juridiction objective à une pluralité d'engagements discrétionnaires, l'O.N.U. superpose à ces décisions individuelles une décision collective de même nature » (121).

Les protagonistes des deux camps en présence se sont préoccupés davantage de fortifier leurs positions idéologiques respectives au sein de l'organisation, par le recrutement de nouveaux partisans, que d'appliquer à l'admission des nouveaux membres des critères purement juridiques (122). L'admission des nouveaux membres aux

(118) Cf. Documents de l'O.N.U., S/Pv 458 à 461 (5e année).
(119) A/1465.
(120) A/AC - 38/L - 6. A/AC - 38/L - 54.
(121) CHARPENTIER, thèse citée, p. 322.
(122) Il convient d'ailleurs de noter que l'admission d'un Etat aux Nations Unies n'implique pas nécessairement sa reconnaissance par les Etats membres et n'a pas d'effets sur leurs relations individuelles avec le nouvel Etat. Cf. résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 5e session. Commentaire de YUEN LI LIANG, A.J.I.L., 1951, p. 89. L'admission aux Nations Unies équivaut à

Nations Unies reflète la scission politique du monde ; elle est fortement marquée par des considérations politiques. Le refus de reconnaître le gouvernement de la Chine populaire le montre bien évidemment : le mépris du seul critère juridique (l'effectivité) au profit de considérations politiques est ici flagrant.

Les arguments juridiques invoqués par les plus brillants théoriciens pour justifier le refus de reconnaissance du gouvernement populaire chinois sont très faibles ; Kelsen a soutenu, par exemple, que l'absence de la Chine populaire à l'O.N.U. est fondée sur le fait que la Charte ne désigne pas le gouvernement central du peuple chinois, qui est le nom du gouvernement de Tchang Kaï-Chek (123). Mais cet argument est purement verbal ; après l'affaire de Corée, on a soutenu que l'intervention de la Chine populaire dans cette guerre constituait une violation de la Charte et justifiait la suspension de la Chine. Mais cet argument ne nous paraît pas logique : c'est seulement, si on considère le gouvernement de Pékin comme le gouvernement effectif et par là représentatif de la Chine, qu'on peut admettre la suspension de ce gouvernement ; les mêmes Etats dénient à ce gouvernement sa représentativité et prononcent contre lui une sanction !

Il est intéressant de rappeler ici l'opinion du gouvernement britannique à l'occasion des controverses soulevées par l'interprétation de l'article 4 de la Charte, au sujet de l'admission du gouvernement chinois à l'O.N.U. Cette opinion a été résumée par Sir Fitzmaurice dans les termes suivants :

1° « *Recognition of a government is lawful when the government is in effective and stable control of most of the national territory. It is on the question of timing that the element of discretion should find its proper sphere of application* » ;

2° « *A politically or moraly reprehensible conduct on the part of the government of a member state is not a sanction provided in the charter* » (124).

une reconnaissance collectivement faite pour le compte de l'organisation mais non pour le compte de chacun des Etats membres envisagé isolément. La question de savoir si l'admission d'un Etat, la reconnaissance d'un gouvernement par l'O.N.U. peut être retenue par les juridictions internes comme un élément de preuve de la validité de l'exercice des compétences étatiques appelle semble-t-il une réponse affirmative (cf. QUINCY WRIGHT, A.J.I.L., 1950, *op. cit.*, pp. 556-557) ; mais comme nous l'avons montré par quelques exemples le juge s'attache surtout à rechercher si la condition d'effectivité est remplie.

(123) KELSEN, *The law of U.N.*, Londres, 1951, p. 948.

(124) FITZMAURICE, *Chinese representation at the U.N., the year book of world affairs*, 1952, pp. 36 à 55 (ici p. 52). Le secrétaire général de l'O.N.U. dans un mémorandum du 9 mars 1950 (5-1466) a défini l'effectivité d'un gouvernement : « Il s'agit essentiellement de savoir si le nouveau gouvernement exerce

En vertu de ces principes, conformes, nous semble-t-il, au droit positif, le gouvernement britannique s'est opposé à la proposition d'amendement cubaine, déposée en 1950, aux termes de laquelle les critères d'admission à l'O.N.U. seraient devenus :

1° une autorité effective sur le territoire national ;

2° le consentement général de la population ;

3° la capacité et la volonté de respecter les obligations de la Charte et l'ensemble des règles du droit international ;

4° le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les trois dernières de ces conditions ont paru à la majorité des Etats membres inacceptables, comme pouvant donner lieu à une immixtion abusive dans les affaires intérieures.

Un gouvernement non reconnu est de même, selon le droit positif, compétent pour conclure des engagements internationaux.

Dans certains cas, les Etats, qui refusent la reconnaissance, n'acceptent de conclure aucun engagement contractuel avec les gouvernements non reconnus. Mais, bien souvent, la nécessité de relations internationales l'emporte. Ceci apparaît d'abord à l'occasion des conventions multilatérales.

En 1922, par exemple, le gouvernement soviétique fut admis à participer à la conférence de Gênes, puis à celle de Lausanne sur les détroits, bien qu'il n'ait pas été reconnu par les grandes puissances qui participaient à ces conférences (125).

La résolution adoptée par la conférence de Gênes, le 19 mai 1922, stipulait que des engagements territoriaux seraient conclus entre le gouvernement soviétique et les gouvernements représentés à la conférence, ce qui était admettre la capacité du gouvernement soviétique de conclure des engagements malgré sa non-reconnaissance.

Des gouvernements non reconnus ont participé à de très nombreuses conventions internationales multilatérales (convention sur la répression des contrefaçons monétaires de 1929 par exemple, conventions postales de 1924 et 1929, conventions sur les télécommunications de 1932, nombreuses conventions multilatérales conclues dans le cadre de l'O.N.U.).

De même encore, les gouvernements de la République populaire de Chine et des deux Corée ont été invitées à la conférence qui s'est tenue à Genève, du 26 avril au 21 juillet 1954, par les

en fait son autorité sur le territoire et si celle-ci est habituellement respectée par la majeure partie de la population ».

(125) LAGARDE, *La reconnaissance du gouvernement des soviets*, thèse, Paris, 1924, pp. 149 et 157.

ministres des Affaires étrangères des quatre grandes puissances ; le défaut de reconnaissance n'a pas été considéré comme un obstacle à cette réunion.

De même, les ambassadeurs des Etats-Unis et de Chine populaire à Varsovie se réunissent périodiquement, depuis 1955, pour débattre des problèmes pendants entre les deux Etats (126).

Mais il existe de plus de nombreux exemples de traités conclus par un Etat avec un Etat qu'il ne reconnaît pas ou dont il ne reconnaît pas le gouvernement.

On peut citer, notamment, l'accord conclu par l'U.R.S.S., le 4 septembre 1934, avec le Mandchoukouo, qu'elle n'avait pas reconnu ; l'accord conclu entre les mêmes parties, le 23 mars 1935, relatif au chemin de fer chinois (127). On peut citer également l'accord conclu entre la France et Israël, avant sa reconnaissance, réglementant l'atterrissage des aéronefs.

Plus récemment, on peut relever les entretiens bilatéraux qui se sont déroulés à Genève, le 1er août 1955, entre les représentants des Etats-Unis et de la République populaire de Chine, non reconnue par les Etats-Unis, au sujet du rapatriement de leurs ressortissants civils, qui ont abouti à un accord le 10 septembre.

Certes, aucun de ces actes n'implique, de la part de l'Etat qui n'a pas fait acte de reconnaissance, une reconnaissance implicite (la reconnaissance nécessite, en effet, un fait positif marquant clairement l'intention d'accorder cette reconnaissance, tel que l'établissement des relations diplomatiques) (128).

Mais il résulte de ces divers exemples que le défaut de reconnaissance n'empêche pas l'établissement de relations juridiques, car c'est l'effectivité qui est le critère de l'opposabilité des compétences gouvernementales.

5° *L'exercice du droit de blocus.*

Enfin, un gouvernement d'un Etat non reconnu (ou un gouvernement non reconnu) peut exercer valablement le droit de blocus,

(126) *Le Monde* du 15 décembre 1962 annonçait leur 115e rencontre. Les questions abordées ne sont pas divulguées.

(127) CAVARÉ, *La reconnaissance d'Etat et le Mandchoukouo*, R.G.D.I.P., 1935, pp. 5-99.

(128) Cf. à ce sujet la résolution de l'Institut de Droit international de 1934, article 4, annuaire 1936.II, p. 300. Dans certains cas l'Etat qui refuse la reconnaissance précise d'ailleurs expressément, dans le traité conclu avec l'Etat non reconnu (ou dont le gouvernement n'est pas reconnu) que la convention en question ne vaut pas reconnaissance. Cf. CHARPENTIER, thèse citée, p. 60. Un exemple encore plus récent est fourni par la signature par les deux Allemagnes du Traité de Moscou de limitation des expériences nucléaires : il a été spécifié expressément que la signature de ce pacte ne valait pas reconnaissance des autres participants.

si le blocus est effectif (et notifié aux Etats tiers) ; l'exercice du droit de blocus est donc conditionné par l'effectivité du blocus.

Cet exemple est bien connu : il a donné lieu à de nombreuses études.

Le blocus, interdiction du commerce de toutes marchandises avec une partie du territoire ennemi investi par les forces navales d'un belligérant (129), doit être effectif pour être opposable aux tiers.

La Hollande et la Grande-Bretagne avaient, à diverses reprises, au cours du XIV[e] siècle, procédé à des blocus fictifs, simplement déclarés. Les navires qui ne respectaient pas ce blocus risquaient d'être détruits s'ils étaient pris sur le fait ; aussi les puissances continentales avaient-elles, dans leurs déclarations de neutralité, réclamé une définition rigoureuse du port bloqué en n'accordant cette dénomination qu'à celui où il y a, « par la disposition de la puissance qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés et suffisamment proches, un danger évident d'entrée » (130). La conférence navale de Londres du 26 février 1909 établit un compromis entre cette exigeance et la déclaration arbitraire du blocus fictif. Elle énonce, dans son article 2, que : « Le blocus, pour être obligatoire, doit être effectif, c'est-à-dire maintenu par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral ennemi » ; l'article 17 précise que « la saisie des navires neutres pour violation du blocus ne peut être effectuée que dans le rayon d'action des bâtiments de guerre chargés d'assurer l'effectivité du blocus ». A cette condition de l'effectivité, la déclaration de Londres ajoute celle de la notification.

Il importe peu, dans ces conditions, que le gouvernement dont émane la décision de blocus ait été reconnu par les tiers concernés par la mesure de blocus.

Le droit de blocus est une prérogative dont le droit des gens investit les gouvernements dans les mêmes conditions que les autres compétences gouvernementales, c'est-à-dire l'effectivité (131).

*
**

En conclusion, il résulte, de cette brève analyse du droit positif international, que l'effectivité d'un gouvernement paraît être la

(129) Cf. P. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Cours de droit international public*, 2[e] édition, *La pensée universitaire*, Aix-en-Provence, 1955, 241 p. ; v. ici p. 131.

(130) CHARPENTIER, thèse citée, p. 175.

(131) Les conditions de la guerre moderne enlèvent d'ailleurs au blocus toute espèce d'importance ; le « blocus » de Berlin ne correspondait pas au type traditionnel, il ne concernait pas des belligérants ; le « blocus » de Cuba n'était pas un véritable blocus.

condition nécessaire et suffisante pour que les compétences de ce gouvernement soient opposables aux tiers ; la reconnaissance est un acte très fortement politisé ; le refus de reconnaissance n'a pas pour effet, même dans les relations entre le gouvernement qui aspire à être reconnu et celui qui refuse la reconnaissance, de supprimer les conséquences juridiques d'une situation effective ; il peut en diminuer les effets dans les rapports entre les deux Etats en cause ; il ne peut supprimer totalement ces effets.

On peut lire, dans la sentence William H. Taft, dans l'affaire Tinoco, la formule suivante, qui résume clairement le droit positif à ce sujet (132) : « La vraie question est de savoir si le nouveau gouvernement s'est implanté de façon telle que tous ceux qui subissaient son influence se soient inclinés devant son autorité et si une autre force n'a pas fait prévaloir des prétentions gouvernementales opposées. Si l'examen auquel procèdent les Etats étrangers se porte, non sur l'effectivité du pouvoir et sur son complet contrôle gouvernemental, mais sur l'illégitimité ou l'irrégularité de ses origines, le refus de reconnaissance perd quelque chose de sa force probante au regard des seules questions dont doivent s'occuper ceux qui ont mission d'appliquer le droit international ».

La reconnaissance du gouvernement populaire chinois a d'ailleurs fourni à la Grande-Bretagne l'occasion de faire une exacte application du principe d'effectivité : après une période d'observation, à la suite de la proclamation de la République populaire, le 1er octobre 1959, pendant laquelle l'effectivité du nouveau gouvernement pouvait paraître incertaine (et la résistance du gouvernement nationaliste effective), le gouvernement britannique adressa, le 6 janvier 1950, au ministre des Affaires étrangères de Chine une note ainsi conçue (133) : « J'ai l'honneur d'informer Votre Excellence que le gouvernement de Sa Majesté... ayant noté qu'il (le gouvernement central de la République populaire de Chine) détient actuellement le contrôle effectif de la très grande partie du territoire de la Chine, a aujourd'hui reconnu ce gouvernement comme le gouvernement *de jure* de la Chine ». Le même jour, le gouvernement britannique retirait sa reconnaissance du gouvernement nationaliste chinois (134). Cette attitude du gouvernement britan-

(132) A.J.I.L., 1924, p. 147.

(133) Citée à la R.G.D.I.P., 1950, p. 764.

(134) Les juridictions britanniques décident conformément à l'attitude décrite précédemment, que « les autorités qui administrent et gouvernent Formose constitue un gouvernement et que la non-reconnaissance de ce gouvernement par la Couronne *ne supprime aucune des conséquences juridiques* de son effectivité » ; cf. *High Court*, 9e division, affaire *Luigi Monta of Genoa* c/ *Cechofracht.* Ltd le 14 juin 1956 (journal du droit international, 1957, p. 427).

nique est un bon exemple de ce que devrait être la reconnaissance internationale si elle était dépouillée de son arrière-plan politique.

La doctrine s'accorde d'ailleurs à reconnaître que la condition d'effectivité est la condition principale ou unique de validité et d'opposabilité des compétences gouvernementales.

Charles de Martens exprimait déjà cette règle en écrivant dans son guide diplomatique (135) que : « Quiconque est en possession de l'autorité souveraine dans un Etat, à n'importe quel titre... a qualité pour exercer cette autorité au dehors ; la raison en est que l'étranger n'est point juge du régime intérieur d'une nation et qu'il suffit que son chef exerce l'autorité suprême et sans contradiction au dedans, pour qu'il soit fondé à l'exercer en dehors ».

Kelsen a posé le même principe dans les termes suivants : « Une norme du droit international général, qui est reconnue par la théorie et par la pratique, établit que tout gouvernement, même s'il est parvenu au pouvoir à la suite d'une révolution ou d'un coup d'Etat, est légitime au point de vue du droit international s'il est indépendant et effectif, c'est-à-dire s'il est capable de faire respecter, de façon durable, les normes qu'il édicte ».

« Cela signifie qu'un système de normes coercitives relevant directement du droit international est un ordre juridique valable quand les habitants d'un territoire déterminé se conforment d'une manière générale aux normes de cet ordre. »

« La communauté constituée par un tel ordre est un Etat au sens du droit international. »

« Le principe d'effectivité est ainsi une des règles fondamentales du droit international (136). »

La doctrine dominante admet cette règle (137).

La question la plus délicate est évidemment celle de mesurer cette effectivité et d'apprécier la probabilité de sa durée. De nombreux facteurs peuvent être pris ici en considération ; parmi eux, le consentement des gouvernés, leur adhésion au pouvoir politique en question est sans doute le plus important ; il ne s'agit pas de la « condition de légitimité démocratique » qui n'est pas requise par le droit international, comme nous l'avons précédemment établi,

(135) Paris et Leipzig 1851 ; cf. *Le statut international de la République démocratique allemande,* R. PINTO, Journal de dr. Intern., Clunet, 1959, p. 312 et s.

(136) KELSEN, *Théorie générale, op. cit.,* p. 345.

(137) LAUTERPACHT, *Recognition...,* op. cit., p. 98 ; QUINCY WRIGHT, *The chinese recognition problem,* A.J.I.L., 1955, p. 320. GUGGENHEIM, *Traité, op. cit.,* vol., I, p. 190. CHEN T.C., *The international representation..., op. cit.,* p. 36. ROUSSEAU, *L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international,* R.C.A.D.I., 1948, t. II, p. 171. CHARPENTIER, *La reconnaissance..., op. cit.,* p. 160 et s.

mais d'un moyen d'appréciation de l'effectivité du nouveau gouvernement. Selon les termes de Sir Lauterpacht : « *It may, more accurently, be regarded as insistance on proper evidence of effectiveness... that practice is in substance, not a denial, but an affirmation of the principle of effectivenness* » (138). Le consentement des gouvernés, quelle que soit la forme sous laquelle il s'exprime (absence de résistance effective, consultation électorale, etc), est un gage de l'effectivité à venir du gouvernement considéré, si toutefois ce consentement est lui-même effectif, ce qui, en pratique, est très malaisé à déterminer ; selon la formule de M. Dupuy (139) : « On ne dispose que d'un seul critère pour apprécier le droit d'un gouvernement à parler au nom de son Etat : l'effectivité. Elle emporte présomption de légalité et de légitimité ; on pense, en ce qui concerne celle-ci, que l'exercice du pouvoir suppose, en règle générale, l'agrément du peuple : raisonnement qui tend à reconnaître une légitimité démocratique, au sens très large, à tout gouvernement effectif... (Mais) en réalité l'égalité effectivité-légitimité est loin d'être irréfragable ; elle répond à un phénomène d'ordre sociologique, non à un principe philosophique. On la retient pour sa commodité, non pour sa véracité ».

*
**

En conclusion, nous pouvons affirmer que l'effectivité est la condition nécessaire et suffisante de l'investiture des compétences gouvernementales : les compétences gouvernementales sont valablement établies et opposables aux tiers si elles sont effectives.

L'étude de la validité des compétences territoriales conduit à la même conclusion.

§ 3. — La validité des compétences territoriales.

Le principe de l'intégrité du territoire est un corollaire fondamental de celui de la souveraineté des Etats ; c'est dans l'ordre territorial que se manifestent avec le plus d'acuité les susceptibilités des Etats jaloux de leur indépendance ; dans la formation des Etats, la constitution d'un territoire unifié, cadre géographique de l'exercice des compétences étatiques, est associée à l'unité nationale.

(138) *Recognition...*, *op. cit.*, p. 115.
(139) J.-R. Dupuy, *L'affaire libanaise*, *op. cit.*, p. 455.

Les Etats répugnent à l'idée d'exercer sur leur territoire un pouvoir que leur aurait concédé l'ordre international (140). Cette idée est abstraite et paraît désincarnée, même si elle est satisfaisante au niveau de la théorie juridique.

Mais la subordination des Etats à l'ordre international dans la délimitation de leurs compétences territoriales, est pourtant manifeste, aussi bien dans l'hypothèse d'un conflit de compétences territoriales entre deux Etats (que nous étudierons ultérieurement) (141) que dans celle de l'établissement des compétences territoriales étatiques sur une région inoccupée ; en effet, c'est le droit international qui détermine à quelles conditions les compétences territoriales d'un Etat sont valables, c'est-à-dire opposables aux tiers.

Si un Etat est libre de délimiter unilatéralement ses compétences territoriales dans une région inoccupée, sa liberté n'est pas absolue ; dans la détermination unilatérale de leurs compétences, les Etats sont, en effet, soumis au principe d'effectivité ; c'est l'effectivité qui fonde l'opposabilité aux Etats tiers des compétences territoriales des Etats et, par conséquent, la validité internationale de ces compétences (142).

Ici encore, la volonté des Etats tiers qui se manifeste dans l'exercice de la reconnaissance n'a qu'un rôle juridique limité ; c'est l'effectivité qui exerce sa fonction créatrice en validant l'établissement de nouvelles compétences étatiques.

Nous limiterons l'objet de notre étude à l'opposabilité des compétences territoriales initiale, c'est-à-dire à l'opposabilité des compétences territoriales d'un Etat établies sur un territoire inoccupé en rappelant brièvement les solutions proposées par la doctrine et la solution retenue en droit positif.

A. — La doctrine et l'opposabilité des compétences territoriales.

Trois théories principales ont été développées en doctrine à propos de la délimitation des compétences d'un Etat en territoire

(140) Cf. Anzilotti, *Cours, op. cit.*, p. 51.

(141) A propos des conflits de titres juridiques.

(142) Cf. Jèze, *Etude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir des territoires en droit international.* Lindley, *The acquisition and gouvernment of backward territories in international law*, 1926. Genêt, *Notes sur l'acquisition par occupation et le droit des gens traditionnel*, R.L.C., 1934, pp. 284-324 et 416-450. Desencière-Ferrandière, *Essai théorique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir des territoires en droit international*, R.L.C., 1937, pp. 362-390 et 624-663. G. Fitzmaurice, *The law and the procedure of the international court of justice*, 1951-4, B.I.B.I.L., 1955-56, pp. 21 et 22.

inoccupé, la théorie de la découverte, celle de l'occupation fictive et celle de l'occupation effective.

1° *La théorie de la découverte.*

Selon les partisans de cette théorie, les compétences territoriales d'un Etat seraient valablement délimitées et opposables aux tiers par le simple fait de la découverte de territoires nouveaux, réalisé par les ressortissants de cet Etat.

Par exemple, le représentant des Etats-Unis, lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire des îles de Palmas, a soutenu que « la découverte en tant que telle, c'est-à-dire le seul fait d'avoir vu le pays, sans qu'il y ait d'acte même symbolique de prise de possession, entraînait « *ipso jure* » la souveraineté territoriale et non pas simplement « un titre non parfait », un « *jus ad rem* » que devrait éventuellement compléter une prise de possession véritable et durable dans un délai raisonnable ». Les spécialistes américains ont fréquemment déclaré, à l'époque des conquêtes coloniales américaines, que la découverte constituait une base suffisante pour une revendication de souveraineté sur les terres nouvelles. Dans la même ligne, le gouvernement britannique déclarait, en 1929, dans une note adressée aux Etats-Unis, qu'il existait déjà un titre britannique « du fait de la découverte » sur les terres de Coast, d'Enderby, de Kemp, de la Reine Mary, de Wilks, du Roi George-V et de Oates (143).

Plus récemment, les positions exprimées par différents Etats au sujet de la souveraineté sur les territoires antarctiques se sont fondées sur cette théorie. La France a invoqué, pour établir ses droits sur l'Antarctique, les titres que constituent pour elle les découvertes de Bouvet, Dumont d'Urville, Charcot, Kerguelen ; l'Angleterre, la Russie, la Belgique, le Japon ont présenté des « titres » analogues. Les controverses qui se sont élevées à cette occasion montrent que la théorie de la découverte conserve un prestige considérable (144).

Mais, deux questions se posent dans le cadre de cette théorie : Quels sont les éléments constitutifs de la découverte, et encore comment la preuve de la découverte est-elle établie ? L'Etat au profit duquel une découverte est réalisée doit-il procéder à sa

(143) Sur tous ces points, cf. Ago, « *Il requisito dell'effectiva dell'occupazione in diritto internazionale* », Roma, 1934, pp. 56 à 58.

(144) Charles Rousseau, *Le régime juridique des espaces polaires.* Cours polycopiés de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris 1957, p. 817. Cf. J.R. Dupuy, *Le statut de l'Antarctique,* A.F.D.I., 1958, p. 209.

notification ? Doit-il avoir, pour la première fois, donné un nom au territoire en question ? Doit-il avoir dressé une carte de ce territoire ? Chacune de ces positions a été soutenue, sans recueillir l'unanimité de la doctrine ni le soutien du droit positif.

Il semble que la découverte soit un élément susceptible d'établir « l'intérêt » d'un Etat dans une région donnée, mais qu'elle ne constitue pas, à elle seule, un titre suffisant de souveraineté.

Aussi, cette première théorie est-elle complétée par celle de l'occupation fictive.

2° *La théorie de l'occupation fictive.*

Selon cette théorie, un Etat établit valablement sa souveraineté sur un territoire inoccupé, et rend par là les actes qu'il accomplira dans ce territoire opposable aux tiers, en procédant à une occupation symbolique du territoire en question.

En application de cette théorie, les navigateurs portugais et français du XVI[e] siècle érigeaient une croix ou tout autre monument portant les armes royales sur les territoires inoccupés qu'ils avaient découverts ; de la même façon, les navigateurs espagnols et anglais se livraient, sur les territoires « nouveaux », à un cérémonial compliqué et formaliste, d'inspiration mi-religieuse, mi-nationale, tendant à établir définitivement les compétences de leur Etat sur les territoires nouvellement découverts.

La preuve de la prise de la possession ou de la découverte est ainsi établie.

Les concessions de *zones d'influence*, dans lesquelles la prise de possession du territoire revendiqué n'est pas réalisée, sont volontiers décrites comme « *une dispense conventionnelle d'effectivité* » (145). En réalité, ces zones d'influence, attribuées conventionnellement, ne créent pas un titre opposable aux tiers, si elles ne donnent pas lieu à une occupation effective. C'est ainsi, par exemple, que le Portugal obtint la reconnaissance de la France et de l'Allemagne, par les conventions des 12 mai 1886 et 30 décembre 1886, de sa sphère d'influence sur une large portion de l'Afrique (territoires du Zambèze). Notifiée au gouvernement britannique, la prétention portugaise fut rejetée, le gouvernement anglais refusant « de reconnaître la souveraineté portugaise dans un territoire occupé

(145) ROUSSEAU (Traité, 253). GIDEL, *Aspects juridiques de la lutte pour l'Antarctique.*

par elle en force insuffisante pour être capable de maintenir l'ordre, de protéger les étrangers et d'administrer les indigènes » (146).

Les zones d'influence, parce qu'elles correspondent à une effectivité inusffisante, doivent être reconnues par les Etats tiers pour leur être opposables.

Une autre forme de cette théorie a été élaborée à propos de la délimitation des compétences territoriales dans les grands espaces vides, tels que l'Antarctique ou le Sahara : selon les partisans de cette théorie, les compétences d'un Etat s'exercent valablement sur les territoires inoccupés contigus à ceux sur lesquels ils exercent une compétence effective : cette théorie est donc fondée sur la notion de contiguïté largement conçue (147) ; elle est comparable à celle de la contiguïté invoquée à propos de la délimitation des eaux territoriales et des droits des Etats sur le plateau continental.

Elle correspond à un mode d'acquisition des compétences territoriales que de nombreux auteurs qualifient de « mode géographique » d'acquisition des compétences (148).

Mais cette théorie ne correspond pas, semble-t-il, à l'état actuel du droit international positif qui consacre, au contraire, la théorie de l'occupation effective.

3° *La théorie de la reconnaissance.*

Certains auteurs ont soutenu que la reconnaissance par les Etats tiers est une condition de la validité de l'établissement des compétences territoriales (149).

Cette théorie a, semble-t-il, son origine dans une extension abusive des dispositions du traité de Berlin, en 1885, considérées à tort comme des règles de droit international général.

L'acte de Berlin du 26 février 1885, conclu entre les puissances intéressées à l'occupation de territoires africains, prescrivait, dans son article 34, que : « la puissance qui, dorénavant, prendra posses-

(146) LINDLEY, *The acquisition and government of backward territories in international law*, London, 1926, ici p. 213 et s.

(147) La théorie dite « des secteurs » élaborée à propos du statut de l'Antarctique, participe de cette conception doctrinale.

(148) On oppose selon cette terminologie, le mode d'acquisition géographique aux modes d'acquisitions juridiques (occupation, cession, « adjudication ») et historico-politiques (conquête). Cf. sur ce point ROUSSEAU, *Droit international public, op. cit.*, p. 246 et s. N.F. LINDLEY, *The acquisition of Government on backward territory in international law*, Londres, 1926. *Norman Hills Claims to territory in international law and relations*, New York Hackworth Digest, vol. I, pp. 393-598.

(149) Cf. par exemple JÈZE, *Etude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, 1896, pp. 293-295.

sion d'un territoire sur les côtes du continent africain situé en dehors de ses possessions actuelles ou qui, n'en ayant pas eu jusque-là, viendrait en acquérir et, même, la puissance qui y assumera un protectorat, accompagnera l'acte respectif d'une notification adressée aux autres puissances signataires au présent acte, afin de les mettre à même de faire valoir, s'il y a lieu, leurs réclamations ».

La notification imposée à tout Etat nouvellement occupant par ce texte devait provoquer, de la part des tiers, soit une reconnaissance expresse, soit une reconnaissance implicite, résultant de leur silence. Et cette reconnaissance était considérée comme nécessaire à la validité de l'occupation notifiée.

Mais les dispositions de l'acte de Berlin, même si elles font partie du droit international général en raison de leur valeur de principe et de la qualité des puissances signataires de l'acte, ne constituent plus aujourd'hui des règles positives.

En réalité, la validité de l'occupation d'un territoire sans maître ne dépend pas de la reconnaissance par les autres Etats : cette théorie doit être, nous semble-t-il, rejetée.

4° *La théorie de l'occupation effective.*

Selon cette théorie, un Etat établit valablement ses compétences sur un territoire inoccupé s'il y exerce des compétences effectives : cette théorie repose sur une justification fonctionnelle : les droits de la souveraineté ne seraient conférés qu'à un Etat qui accomplit effectivement les obligations qui y sont corrélatives. Oppenheim énonce ce principe dans les termes suivants : « *The acquisition of sovereignty over a territory through continuous and indisturbed exercise of sovereignty over it during such a period as is necessary to create under the influence of historical development the general conviction that the present condition of things is in conforming with international order* » (150).

En d'autres termes, cette théorie, qui correspond au droit positif, constitue une application pure et simple du principe général d'effectivité.

Le degré d'effectivité exigé varie d'ailleurs beaucoup suivant les circonstances de chaque espèce (151) ; les conditions historiques, climatiques, techniques propres à chaque espèce doivent être prises en considération pour apprécier l'effectivité d'une occupation.

(150) Cf. Oppenheim, *Lauterpacht, op. cit.*, p. 180 ; dans le même sens, cf. Fitzmaurice, *The law and procedure, op. cit., General principles and sources of law*, Bybil, 1950, J.P., 31, note 3.

(151) Cf. Charles de Visscher, *Théories et réalités, op. cit.*, p. 256 et s.

Cette imprécision et cette relativité de la notion d'effectivité, tribut payé en échange d'une adaptation plus étroite du droit aux faits, n'a pas empêché que cette notion soit reçue en droit positif.

B. — Le droit positif et les conséquences de l'effectivité de la possession.

L'état actuel du monde complètement exploré ne fournit guère de possibilités nouvelles d'occupation de territoires sans maître (152).

Mais, historiquement, le problème de la définition des territoires inoccupés a été très controversé ; l'île déserte, mais parfaitement apte à abriter l'effort humain, la région peuplée de nations insusceptibles de participer à la vie internationale moderne, les territoires inhabitables pratiquement pour des raisons climatiques, ne sont pas de même nature ; chacun de ces territoires peut cependant être considéré comme inoccupé (153).

La notion de territoire inoccupé se prête donc difficilement à une définition catégorique ; on peut dire cependant qu'un territoire inoccupé est celui qui n'est pas soumis, à un moment donné, à l'exercice d'une souveraineté étatique plénière, bien qu'il soit susceptible par nature d'y donner prise (154).

Le droit positif international a reconnu la validité de la délimitation des compétences territoriales, en territoire inoccupé, et l'opposabilité de ces compétences, lorsque celles-ci sont dotées d'une suffisante effectivité : cette condition est à la fois nécessaire et suffisante.

L'acte de Berlin du 26 février 1885, ainsi que la convention de Saint-Germain du 10 septembre 1919, ont posé deux conditions pour l'acquisition des territoires inoccupés africains : l'effectivité de l'occupation et la notification de cette occupation aux Etats tiers (155) ; ces traités, qui manifestent la réaction des Etats contre les théories de l'occupation fictive n'ont, d'ailleurs, qu'une portée relative : la condition de la notification ne doit pas, nous semble-

(152) Nous étudierons ultérieurement le problème posé par l'établissement des compétences étatiques dans l'espace extra-atmosphérique ou sur les corps célestes.

(153) Vittoria refusait de reconnaître au continent américain le caractère de *terra nullius*, considérant qu'il était habité par des peuplades dont la faiblesse matérielle ne justifiait pas qu'on les tienne pour inexistantes.

(154) Les territoires inclus dans le domaine international ne peuvent pas être considérés, en ce sens, comme des terres sans maîtres.

(155) Cf. sur ce point Rousseau, *Droit international public approfondi, op. cit.*, p. 143.

t-il, être considérée comme une condition imposée par le droit positif : elle n'a pas un caractère de généralité suffisant.

Dans l'affaire du Grisbâdarna, où la contestation portait sur des îlots rocheux, simple lieu de pêche, la Cour Permanente d'arbitrage a retenu des actes particuliers tels que l'établissement de balises et le stationnement d'un bateau-phare, qu'elle a estimé susceptible d'établir la souveraineté de la Suède sur ces îlots (156).

Dans l'affaire du Clipperton, la France et le Mexique prétendaient, l'un et l'autre, exercer les droits de souveraineté sur l'îlot de Clipperton, proche d'Hawaï; l'affaire fut soumise à l'arbitrage du roi Victor-Emmanuel III, qui rendit sa sentence en 1931 (157). La France occupait les îlots en cause depuis 1858, mais son occupation n'avait jamais été notifiée au Mexique, qui en contestait le bien-fondé depuis 1897 : l'arbitre reconnut la validité de l'occupation française en soulignant que cette occupation était notoire et n'avait pas immédiatement soulevé de protestation de la part du Mexique ; cette décision révèle que la reconnaissance (et la notification) ne sont pas nécessaires pour la validité de l'établissement de compétences étatiques.

Mais, parmi d'autres décisions qui pourraient être citées ici, c'est sans doute l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire du Groënland oriental qui est la plus intéressante.

Le gouvernement danois s'était vu reconnaître, par un certain nombre de puissances, la souveraineté sur l'ensemble du Groënland. Mais la Norvège se refusa à reconnaître cette souveraineté, malgré les sollicitations du Danemark à ce sujet. En 1931, une expédition norvégienne débarqua dans la partie orientale du Groënland. La C.P.J.I., saisie de ce litige, se prononça, le 5 avril 1933, et consacra la validité de l'occupation danoise.

Cette décision est notable car elle consacre explicitement le principe selon lequel l'occupation *effective* d'une terre inoccupée est valable en droit international. Selon les termes mêmes employés par la Cour, « une prétention de souveraineté fondée... sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments dont l'existence pour chacun doit être démontrée : l'intention ou la volonté d'agir en qualité de souverain et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité » (158). Le premier des éléments retenus, conforme aux conceptions volontaristes traditionnelles, est une précision qui paraît superflue. Certes, la Cour ne s'est pas contentée de prendre en considération l'effectivité de l'occupation danoise ; elle a relevé un

(156) C.P.A., 23 octobre 1909, Scott, p. 125.
(157) R.G.D.I.P. 1932, p. 129.
(158) Série A-B, n° 53, p. 46.

certain nombre d'actes émanant de la Norvège portant reconnaissance de la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland. Mais il ne semble pas que l'assentiment de la Norvège était nécessaire à l'opposabilité à son égard de la souveraineté danoise.

L'occupation d'une terre sans maître est valable, c'est-à-dire conforme au droit international et, par conséquent, opposable aux Etats tiers, à la condition d'être effective.

L'arrêt de la C.P.J.I., dans l'affaire du Groënland oriental, présente encore de l'intérêt parce qu'il établit que l'effectivité de l'occupation doit être appréciée différemment, suivant la nature du territoire en cause. La Cour a, en effet, déclaré que (159) « dans les pays faiblement occupés par des habitants à demeure... l'exercice de la souveraineté territoriale n'exige que quelques manifestations des autorités, et qu'il convient de tenir compte, pour apprécier l'effectivité de l'occupation, de la nature arctique et inaccessible des régions non colonisées du pays » (160).

La « mesure » de l'effectivité soulève ici le même problème que dans le domaine de l'effectivité des compétences gouvernementales.

Le problème de l'établissement des compétences étatiques sur les terres inoccupées revêt un regain d'actualité en raison de la question posée par l'établissement des hommes sur les corps célestes. Il serait d'une importance capitale que des règles juridiques précises soient posées par une convention multilatérale : les planètes contiennent, en effet, d'importantes réserves de matières premières dont l'exploitation ne relève plus de la fiction scientifique ; leur intérêt stratégique peut être très grand ; l'importance scientifique des activités qui peuvent s'y déployer est, dès maintenant, établi.

Une fusée russe a, dans un but de propagande, et sans que la théorie de l'occupation fictive soit invoquée, jeté sur la lune des emblèmes marqués de la faucille et du marteau. Le satellite *Lunik III* a dressé, pour la première fois, la carte photographique de la face cachée de la lune.

(159) 5 avril 1933. Série A-B, n° 53, pp. 45-46. Cf. sur le même point, GIDEL, *Aspects juridiques de la lutte pour l'Antarctique*, Académie de marine, Paris, 1948. Cf. dans LAUTERPACHT, *Private analogies, op. cit.*, pp. 237 à 277, les exemples de droit positif cités.

(160) Le dernier exemple fourni par le droit positif de réglementation d'une occupation effective de territoire inoccupé est fourni par le statut de l'Antarctique (cf. le traité de l'Antarctique, R.J. DUPUY, *op. cit.*) déterminé par le traité du 1er décembre 1959 : ce traité règle le contentieux de la souveraineté sur l'Antarctique mais établit une liberté privilège au profit de douze Etats ayant montré leur capacité d'intervention et leur effectivité technique dans cette région.

Pour le moment, aucun Etat ne revendique expressément des droits de souveraineté sur un corps céleste ; les Etats-Unis et l'U.R.S.S. rejettent même le principe de l'établissement d'une compétence étatique exclusive sur les corps célestes.

L'application du principe d'effectivité permettrait cependant, en l'absence d'une convention, à un Etat qui aurait planté son drapeau sur un corps céleste, dressé sa carte, exploré et occupé sa surface et assuré son contrôle effectif, d'établir valablement sa souveraineté sur le corps céleste en question.

*
**

Il résulte donc de l'étude qui précède que l'opposabilité des compétences terirtoriales est subordonnée à la condition unique de l'effectivité de ces compétences.

L'effectivité fonde, par conséquent, la validité des compétences étatiques et leur opposabilité aux Etats, de même qu'elle détermine le domaine de validité des situations juridiques d'origine conventionnelle et qu'elle fonde la validité des traités conclus sous la violence.

A tous ces points de vue, l'effectivité exerce sa fonction créatrice dans l'ordre international : l'établissement, la formation d'un titre juridique valable est, en effet, subordonnée à la condition que ce titre soit effectif ; cette condition, toujours nécessaire, est quelquefois suffisante, comme nous l'avons montré.

Dans la formation des règles et des titres juridiques de l'ordre international, l'effectivité joue donc un rôle essentiel, qui revêt des formes diverses, mais qui manifeste en tout cas très nettement la fonction créatrice de l'effectivité.

Il est, semble-t-il, permis d'affirmer que, dans sa formation, le droit international est subordonné, conditionné par le principe d'effectivité, tel que nous l'avons énoncé initialement.

Il existe une relation nécessaire entre les titres juridiques de l'ordre international et la réalité, les faits.

Cette constatation est un premier élément qui permet d'affirmer l'existence du principe d'effectivité.

*
**

Mais cette constatation est confirmée par l'étude de la deuxième fonction de l'effectivité dans l'ordre international, qui est d'ailleurs

complémentaire de celle que nous venons d'étudier ; le prolongement logique de la fonction créatrice de l'effectivité est sa fonction révisionniste. La création de règles ou de situations juridiques nouvelles conduit, en effet, le plus souvent, à la modification, au changement, à la révision des règles anciennes ; ainsi, l'effectivité est-elle amenée à exercer dans l'ordre international une fonction révisionniste ; son étude confirme la subordination de l'ordre international au principe général d'effectivité.

DEUXIEME PARTIE

LA FONCTION RÉVISIONNISTE DE L'EFFECTIVITÉ

La fonction révisionniste de l'effectivité est complémentaire de sa fonction créatrice. Toutes deux sont liées et il est quelquefois difficile de les distinguer. La fonction révisionniste de l'effectivité met cependant plus clairement en évidence les tensions qui existent entre le droit et le fait, entre les titres juridiques et la réalité.

Un titre juridique dont l'effectivité se modifie est lui-même transformé, au niveau de sa validité : il doit être révisé.

Un titre juridique qui devient ineffectif est invalidé.

Enfin, les conflits de titres juridiques sont tranchés en application du principe d'effectivité : c'est le titre le plus effectif qui prévaut, tandis que l'autre titre, moins effectif, perd sa validité, sa force obligatoire.

En étudiant la fonction révisionniste de l'effectivité dans l'ordre international à ces trois points de vue, nous achèverons d'établir l'existence d'un principe général d'effectivité qui régit et informe l'ensemble du droit international.

CHAPITRE PREMIER

Les modifications apportées aux règles juridiques en raison du changement de leur effectivité

Les règles juridiques d'origine coutumière peuvent être modifiées en raison du changement de leur effectivité : les développements que nous avons précédemment consacrés à la coutume internationale, qui ont mis en lumière le rôle de l'effectivité dans la formation des coutumes, justifient cette affirmation. Les changements de l'effectivité des coutumes entraînent leur révision : cet aspect de la fonction révisionniste de l'effectivité n'appelle aucune observation nouvelle.

*
**

En revanche, le problème des modifications apportées aux règles juridiques d'origine conventionnelle, en raison du changement de leur effectivité, doit retenir l'attention, car il illustre la fonction révisionniste de l'effectivité.

Une distinction préalable s'impose. Les traités qui donnent naissance à un échange de prestations exécutées en un trait de temps, ne posent pas de problèmes particuliers à ce sujet : leur mise en œuvre est exactement conforme à leur contenu : si un problème d'interprétation se pose, il doit être résolu par référence à la volonté des parties.

Au contraire, les traités qui donnent naissance à des droits ou à des obligations, dont l'exécution s'étend sur une longue période, ou ceux qui créent des règles juridiques ou des situations objectives, peuvent être modifiés au cours de leur application.

L'apparition de circonstances nouvelles, d'ordre économique, politique ou social, par exemple, un nouvel équilibre des forces dans la société internationale peuvent amener un nouveau comportement des parties au traité ; un changement dans les conditions de fait peut entraîner une modification ou une évolution du contenu de la règle conventionnelle elle-même.

La dynamique sociale rejaillit sur le droit : un changement dans l'effectivité d'une règle entraîne une modification de son contenu même ; la règle se trouve ainsi complétée, enrichie, harmonisée, corrigée.

En bonne technique juridique, une procédure de révision devrait alors être entreprise. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il arrive, au contraire, fréquemment que le changement dans l'effectivité d'une règle, s'il est suffisamment durable, devienne lui-même normatif, sans que la volonté des parties au traité ait été expressément manifestée.

Ainsi, apparaît la fonction révisionniste de l'effectivité ; deux hypothèses peuvent être distinguées ici : celle de la révision coutumière des règles conventionnelles et celle de leur révision par interprétation.

Section I

LA REVISION COUTUMIERE DES REGLES CONVENTIONNELLES

L'apparition d'une pratique coutumière qui déroge à la règle conventionnelle antérieure ou en modifie le contenu, peut entraîner une véritable révision de cette règle.

Aucune contestation, aucun litige n'est soulevé par les parties au traité (ce qui permet de distinguer l'hypothèse de la révision coutumière de celle de l'interprétation, que nous étudierons ensuite).

Le droit positif fournit de nombreux exemples de cette révision coutumière.

L'influence de l'abolition coutumière du trafic d'esclaves sur les traités qui l'organisaient est bien connue (1).

Le régime des capitulations turques a également été aboli, parce qu'il prenait son origine dans le principe de la loi person-

(1) Dans un deuxième temps des conventions (la dernière en date étant celle dont le texte a été adopté par une résolution du Conseil économique et social le 30 avril 1956, n° 608, XXI) ont aboli expressément la traite.

nelle, alors que le droit international moderne consacre le principe de l'exclusivité des compétences territoriales de l'Etat.

De même, le traité de commerce conclu entre les U.S.A. et la Norvège, le 3 avril 1783, et maintenu en vigueur le 4 juillet 1827, qui interdisait aux parties d'exproprier leurs biens respectifs, a été révisé par l'apparition de la règle coutumière qui a consacré le droit d'expropriation moyennant compensation (2).

La pratique des organisations internationales a fréquemment soulevé ce problème : on a soutenu que la non-application continue de certaines normes du pacte de la S.D.N (la règle de l'article 18 du pacte, par exemple, relative à l'enregistrement des traités) en constitue une révision coutumière (3).

La même démonstration a été proposée à propos de la charte des Nations Unies ; la résolution « Union pour le maintien de la paix » peut ainsi être considérée comme un révision coutumière de la charte (4).

La doctrine unanime s'accorde d'ailleurs à reconnaître cette possibilité de révision d'une règle conventionnelle par une coutume postérieure ; M. Rousseau écrit, par exemple, à ce sujet : « Une coutume peut également abroger un traité ou le modifier en dehors de toute procédure écrite » (5).

Mais la doctrine est divisée sur l'explication qu'il convient d'apporter à ce mode de révision.

Certains auteurs ont soutenu que l'intervention d'une règle coutumière postérieure ferait jouer une condition résolutoire ou une clause de révision incluse implicitement dans tous les traités (6). Mais le recours à une fiction ne constitue pas une explication juridique satisfaisante ; cette théorie implique d'ailleurs que la dérogation ou la révision coutumière pourrait être exclue par condition expresse : or, l'insertion d'une pareille clause dans un traité ne saurait entraver sa révision coutumière.

En réalité, la modification du traité n'a pas sa cause dans le traité lui-même, mais dans une règle supérieure de droit objectif : le principe d'effectivité.

(2) Cf. Castberg, *Méthodologie du droit international public*, R.C.A.D.I., 1933. I, p. 334.

(3) J.L. Kunz, *Observations on de facto revision of the covenant New Commonwealth Quaterly*, 1938, p. 131.

(4) S. Bastid, *De quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales*, in *Les problèmes fondamentaux du droit international*. Mélanges en l'honneur de G. Spiropoulos, p. 35.

(5) *Droit international public, op. cit.*, p. 67. Cf. également le 2e rapport du rapporteur de la commission du droit international, article 17, 1°, A) 6°. Sur tous ces points, cf. Jean Leca, Thèse citée p. 263 et s.

(6) Cf. par ex. Mac Nair, *op. cit.*, p. 245.

La déformation ou la révision coutumière d'une règle conventionnelle se réalise suivant un processus identique à celui de la formation de la coutume : c'est l'effectivité de la nouvelle pratique qui émerge au plan de la validité (7) : ainsi apparaît nettement, dans cette première hypothèse, la fonction révisionniste de l'effectivité.

C'est également le principe d'effectivité qui fonde certaines techniques d'interprétation des traités, qui aboutissent pratiquement à leur révision.

Section II

L'INTERPRETATION DES REGLES JURIDIQUES D'ORIGINE CONVENTIONNELLE

Le problème de l'interprétation des traités se pose en général si un désaccord ou une divergence de points de vue oppose les parties au traité à l'occasion de son application.

L'interprétation apparaît alors comme l'opération intellectuelle qui consiste à déterminer le sens de cet acte, à en préciser la portée et à en éclairer les points obscurs ou ambigus (8).

La recherche de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité, par une analyse du texte, des travaux préparatoires, des comptes rendus, etc., tient évidemment une place importante dans toute interprétation : mais la recherche de la volonté des parties n'est pas la seule démarche possible pour interpréter un traité.

Les traités qui donnent naissance à des règles juridiques ou à des situations objectives, et notamment les chartes constitutives d'organisations internationales, sont, en effet, interprétées à partir de leur effectivité : celle-ci peut apparaître comme un élément d'interprétation du traité véritablement autonome de la volonté des parties.

(7) La désuétude du régime juridique du bassin du Congo, fixé par les conventions de Berlin de 1885, de Bruxelles de 1890 et de Saint-Germain, du 10 septembre 1919, le montre bien (cf. S.N.A., Congo Treaties in desapear, Economist, 25 juin 1955, p. 1141).

(8) Rousseau, *Droit international approfondi, op. cit.*, p. 60. Jokl, *L'interprétation des traités normatifs*, Thèse cit., p. 173. Ch. de Visscher, *L'interprétation des traités d'organisation internationale, op. cit.*, Lauterpacht, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités*, R.C.A.D.I., 1934.II, pp. 710 à 818. Siorat, *Les lacunes...*, thèse cit. Fitzmaurice, *The law and procedure of the I.C.J. Treaty interpretation.* Bybil, 1951, p. 1 et 1957, p. 202.

L'interprétation du traité conduit alors à une véritable révision de celui-ci, révision qui a sa source non pas dans le traité lui-même, ni dans la volonté des parties, mais dans une règle de droit objectif qui n'est autre que le principe d'effectivité.

Ainsi se manifeste, sous un nouvel aspect, la fonction révisionniste de l'effectivité, à l'occasion de l'interprétation des traités.

Pour mettre en évidence ce rôle de l'effectivité, élément d'interprétation qui réduit considérablement la recherche de l'intention des parties, nous rappellerons d'abord les données du problème de l'interprétation des traités, puis nous montrerons le rôle de l'effectivité dans les diverses méthodes d'interprétation.

§ 1. — Le problème de l'interprétation des traités.

Les doutes sur les termes d'un traité international peuvent porter sur le sens précis du texte, sur l'intention qui fut celle de ses rédacteurs, sur les conséquences de ce texte pour un cas individuel, et sur la règle qu'il y a lieu de tenir pour acceptée par les signataires dans un cas qu'ils n'auront pas envisagé (9).

L'interprétation d'un traité peut être plurilatérale, lorsqu'elle est le résultat d'un accord diplomatique entre les Etats parties au traité. Cette forme d'interprétation ne pose aucun problème particulier : l'acte d'interprétation s'incorpore au traité « comme une sorte d'alluvion » et peut le modifier (10). En revanche, l'interprétation unilatérale, proposée par l'un des Etats parties au traité, peut donner naissance à des contestations ; celles-ci peuvent alors être portées devant une juridiction ou un arbitre international qui procéderont à une interprétation proprement juridique du traité ; c'est elle qui retiendra principalement notre attention (11).

Il est intéressant à ce propos de comparer le rôle du juge (ou de l'arbitre) international, chargé d'interpréter une convention, à celui des juridictions internes compétentes pour interpréter les actes juridiques.

(9) Ehrlich Ludwick, *Interprétation des traités*, R.C.A.D.I., 1928.IV, pp. 4 à 146.

(10) Sibert Marcel, *Cours de droit international public*, D.E.S., Paris, 1952-53. *Les traités internationaux*, 184 p., Paris. *Les Cours de droit*, p. 129.

(11) On peut noter à ce sujet que de nombreuses conventions internationales ont attribué leur interprétation à l'arbitrage obligatoire (ce sont en général des conventions qui ne mettent pas en cause les intérêts vitaux des Etats), par exemple les Etats-Unis à partis de 1908 et le Brésil, ont inclu une clause d'arbitrage obligatoire en interprétation pour la plupart de leurs conventions. De nombreuses conventions ont également attribué compétence à la C.P.J.I. puis à la C.I.J. pour leur interprétation.

Les méthodes d'interprétation dans les ordres internes varient profondément suivant la nature des actes à interpréter.

Les contrats sont interprétés par référence à la volonté des parties contractantes ; c'est la volonté des parties que le juge s'efforce de dégager en étudiant les termes du contrat, les conditions de sa conclusion, les documents annexes et aussi la façon dont il a été exécuté ; l'application effective des stipulations du contrat est utilisée par le juge comme un élément objectif lui permettant de découvrir la volonté réelle des parties voilée par les termes obscurs ou ambigus de la convention.

La loi (au sens matériel) est, au contraire, interprétée en général dans les ordres internes en tenant le plus grand compte de son but social et des conditions de son application ; les tribunaux internes sont ainsi amenés à se substituer, dans une large mesure, au législateur, en adaptant les lois aux nécessités sociales : l'interprétation des lois, qui tient compte de leur application effective, conduit ainsi à une véritable révision (12). C'est moins la volonté du législateur au moment de l'élaboration de la loi qui importe que l'utilité sociale actuelle de la loi en question : toutes les jurisprudences internes abondent d'exemples de ce mode d'interprétation : la loi se détache en quelque sorte de la volonté qui lui a donné naissance ; elle s'incarne, se réalise, et c'est son effectivité qui est prise en considération pour son interprétation.

Or, le traité, dans l'ordre international, correspond à la fois à ce que sont, dans l'ordre interne, le contrat et la loi.

C'est pourquoi les règles applicables dans les ordres internes à l'interprétation des conventions, ne suffisent pas à résoudre le problème de l'interprétation des traités ; c'est ce que constatait Kelsen en écrivant : « La théorie privatiste ne voit dans la convention qu'un acte d'application du droit, un acte d'exécution de normes générales, les lois. Une fonction de la convention qui est précisément de la plus haute importance pour le droit des gens est complètement négligée par la science de droit privé : la fonction de création du droit » (13). L'interprète ne devra pas seulement, en droit international, rechercher la volonté des parties au moment de la conclusion des traités. Il devra tout autant tenir compte de critères objectifs, tels que le but social du traité, les conditions de son application, son effectivité. Et il sera ainsi amené, à partir de l'effectivité du traité, de son application effective, à procéder à une véritable révision du traité.

(12) Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II[e] édition, 1919.

(13) Kelsen, *Contribution à la théorie des traités*, *op. cit.*, p. 254.

Dans cette mesure, même l'effectivité remplit sa fonction révisionniste, comme nous allons le montrer.

§ 2. — L'application effective du traité comme élément de preuve de la volonté des parties.

L'application effective du traité est un élément qui permet à l'interprète de découvrir le contenu exact de la volonté des parties au traité, qui peut ne pas apparaître nettement dans un texte obscur, ambigu ou incomplet. Cette méthode d'interprétation, dite « quasi-authentique » (14), utilisée fréquemment en droit positif et admise en doctrine révèle la fonction révisionniste de l'effectivité dans l'interprétation des traités.

A. — La méthode d'interprétation « quasi-authentique » des traités en droit positif.

Les juges internationaux recherchent dans de nombreuses hypothèses la volonté des parties dans la manière dont l'accord a été appliqué.

L'interprète ne se contente donc pas de rechercher la volonté des parties par une analyse du texte, mais il la recherche dans la mise en œuvre effective des deux volontés concordantes. Cette démarche est normale, car les volontés exprimées au moment de la conclusion du traité peuvent différer des volontés réalisées en fait, effectivement, lors de l'application concrète du traité ; ces deux ordres de volonté ne se recouvrent pas nécessairement : c'est la volonté manifestée lors de la mise en œuvre du traité qui a le plus d'importance ; et cette méthode d'interprétation, à partir de l'effectivité, peut aboutir à une véritable révision du traité.

Cette méthode a été employée à de nombreuses reprises. En 1852, dans l'affaire du *Franciska*, le docteur Lushington, juge de l'Amirauté britannique, employa cette méthode d'interprétation (15). L'arbitrage rendu dans l'affaire Chamizal adopte la même méthode (16). La C.P.J.I., dans son avis consultatif sur la frontière turco-irakienne, a déclaré de même : « Les faits postérieurs à la

(14) L'interprétation authentique est celle qui est donnée explicitement par accord entre les parties au traité ; l'interprétation quasi authentique recherche l'accord implicite des parties en examinant la manière dont le traité a été appliqué.

(15) Cf. Harold Mac Nair, *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique*, R.C.A.D.I., 1933, t. I, pp. 247 à 307.

(16) Cf. Hyde Charles Cheney, *op. cit.*, p. 72.

conclusion du traité de Lausanne... sont de nature à jeter de la lumière sur la volonté des parties » (17).

La même méthode a été employée dans l'avis de la Cour sur la compétence de la commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, dans lequel on relève la formule suivante : « L'intention des parties apparaît dans la manière dont l'accord a été exécuté » (18). L'avis du 3 mars 1928 dans l'affaire sur la compétence des tribunaux dantzigois à l'égard des fonctionnaires des chemins de fer polonais adopte le même point de vue (19).

Mais, c'est dans la doctrine internationale qu'il faut rechercher la signification et la portée de cette méthode d'interprétation.

B. — La méthode d'interprétation « quasi-authentique » des traités en doctrine.

La doctrine internationale s'accorde à reconnaître que l'interprétation quasi-authentique des traités, qui recherche en quelque sorte dans l'application effective du traité un accord informel des parties, est une méthode utilisable en droit international.

Cette interprétation repose sur la présomption que l'application donnée au traité, la manière dont les parties ont mis les dispositions en exécution, reflète les idées qu'elles se sont proposées de réaliser (20).

Cette méthode permet de reléguer au second plan le contenu de la volonté des parties au moment de la conclusion du traité, pour accorder une importance particulière à la volonté exprimée dans les faits ; elle aboutit souvent à une révision du traité. Comme l'écrit Hyde Charles Cheney : « *In such a case, the tribunal has in reality not undertaken stricktly to solve any problem of interpretation, regarding the action of the parties as precluding such a task. A court might even fell obliged to sustain their construction of a treaty differing widely from that which it was in fact possible*

(17) Série B, n° 12, pp. 18, 19 et 24. cf. Nicolas Politis, *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III. *Les sources des diverses branches du droit*, p. 379, Paris, Sirey, 1935, 546 p.

(18) Série B, n° 15, p. 18.

(19) Série A-B, n° 28, p. 17. Dans le même sens, cf. également série A, n° 10, p. 66, série A, n° 23, p. 13, série B, n° 14, p. 31, série A-B, Arrêt du 12 septembre 1924.

(20) Sorensen, *op. cit.*, p. 227. C.H. Cheng, *Essai critique sur l'interprétation des traités dans la doctrine et la jurisprudence de la C.P.J.I.*, Thèse, Paris, Tepal, 1941, p. 92. Cette méthode d'interprétation revient à admettre la formation d'une coutume *praeter legem* dans l'application du traité, à condition de reconnaître la possibilité de règles coutumières limitées à certains membres de la collectivité internationale (ici les membres de la communauté conventionnelle considérée).

to prove to have been the design of the parties at the time when the agreement was conclude » (21).

La différence qui peut exister entre les conditions pratiques d'application du traité et la volonté initiale des parties est ainsi prise en considération. L'effectivité du traité est retenue comme un élément d'interprétation et suscite une révision du traité.

Mais ce mode d'interprétation des traités accorde toujours une grande place à la volonté des parties ; l'application effective du traité révèle les modifications qui ont pu intervenir dans ces volontés ; ce mode d'interprétation reste très subjectif ; le traité apparaît principalement comme un contrat.

Or, de nombreux traités sont, par nature, plus proches de la loi que du contrat.

Aussi, importe-t-il davantage de tenir compte, dans leur interprétation, de leur finalité sociale que de la volonté des parties. Il faut principalement recourir à une interprétation objective, placer l'instrument diplomatique dans le milieu social où il est appelé à fonctionner (22).

Dans ce cas, l'application effective du traité apparaît comme un élément autonome de son interprétation.

§ 3. — L'application effective du traité, élément autonome pour l'interprétation du traité.

Les règles ou les situations juridiques d'origine conventionnelle ont une certaine autonomie par rapport à la volonté des parties au traité, cette autonomie résulte de l'adaptation de ces règles ou de ces situations à la réalité sociale. L'interprète qui s'efforce de permettre au traité de remplir le plus complètement possible son rôle social devra donc adopter deux perspectives, conciliables et essentielles, la fidélité au texte et la dynamique du droit (23).

Ainsi, pour tenir compte de cette dynamique du droit conventionnel, l'interprète prend-il en considération l'application effective du traité, sans référence directe et explicite à la volonté ou aux intentions des parties contractantes : l'application effective du traité est un élément autonome pour l'interprétation du traité.

(21) Hyde Charles CHENEY, *International law Chiefly as interpreted and applied by the U. N., op. cit.*, p. 80.

(22) CAVARE L., *Le droit international positif*, Oficet, t. II, p. 90.

(23) Ch. de VISSCHER, *L'interprétation des traités d'organisation internationale, op. cit.*, p. 181.

Mais, avant d'étudier cette méthode d'interprétation, il convient de la distinguer de celle dite de « l'effet utile » (ou « *rule of effectiveness* », dans le vocabulaire anglo-saxon) (24).

La règle de l'effet utile consiste à donner aux dispositions d'un traité leur pleine signification, leur plus grande portée pratique, en tenant compte de la volonté des parties ; au sens strict, cette règle conduit l'interprète à supposer que les Etats parties au traité ont « entendu adopter des mots dotés de sens et établir des règles pratiquement opérantes », c'est-à-dire susceptibles d'une mise en œuvre effective (25) ; au sens large, cette règle implique que les traités doivent être interprétés de manière à ce que leurs dispositions aient un plein effet, une efficacité ou une effectivité maxima, « *ut res magis valeat quam pereat* », suivant l'adage classique.

A partir de l'intention des parties, l'extension la plus large possible sera donnée aux stipulations du traité (26).

Selon la règle de l'effet utile, la démarche de l'interprète a donc pour point de départ la volonté des parties, concrétisée par le traité, auquel on s'efforce de donner une effectivité maxima.

La règle d'interprétation des traités à partir de leur effectivité implique la démarche inverse : c'est l'effectivité du traité qui est le point de départ de l'interprète : cette effectivité est observée, constatée objectivement ; c'est la mise en œuvre de la règle, son incarnation, qui sert d'élément d'interprétation du traité. Et, ce qui caractérise cette méthode, c'est que la volonté n'est pas prise directement en considération : la règle est examinée indépendamment de son origine et des volontés qui lui ont donné naissance ; on considère qu'elle est dotée, par son effectivité, d'une certaine autonomie.

L'étude du droit positif et de la doctrine internationale permet d'établir la portée de cette méthode d'interprétation.

(24) Certains auteurs confondent d'ailleurs les deux règles, cf. par ex. MIAJA de la MUELA, *op. cit.*, Introduction, parag. 8 et 9.

(25) Cf. DEHAUSSY, *op. cit.*, p. 28. ROUSSEAU, *Traité*, *op. cit.*, p. 63. Déjà VATTEL posait cette règle d'interprétation. Cf. *Droit des gens*, Livrets, chap. XVII, pp. 282-283.

(26) Cf. SOUBEYROL, *L'interprétation des traités et l'intention des parties*, CLUNET, *op. cit.*, p. 30. « La Cour s'ingénie à faire produire effet à toutes les clauses d'un traité, même les plus insignifiantes », sur le recours en droit positif, à la règle de l'effet utile, cf. notamment C.P. arbitrage, sentence du 7 septembre 1910. Aff. *des pêcheries des Côtes septentrionales de l'Atlantique*, Rev. Gén. D. int. public, 1912, p. 473. C.P.J.I., avis du 10 septembre 1923, Aff. *des colons allemands en Pologne*, série A-B, n° 6, p. 25. C.P.J.I., ordonnance du 19 août 1929. Aff. *des zones franches*, série A-B, n° 35, p. 13. C.I.J. avis du 30 mars 1950 et du 18 juillet 1950, interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie, Rec. 1950, p. 77.

A. — L'interprétation par l'effectivité en droit positif.

L'étude du droit positif révèle que les traités peuvent être interprétés à partir de leur application effective.

La C.P.J.I. a pris position dans ce domaine d'une façon caractéristique, à l'occasion de l'avis qu'elle a rendu sur la compétence de l'O.I.T. en matière de réglementation du travail des personnes employées dans l'agriculture. Elle s'est exprimée en ces termes (27) : « La Cour n'a pu trouver aucune ambiguïté dans la partie XIII du traité de Versailles considérée dans son ensemble en ce qui concerne son applicabilité à l'agriculture... Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le traité a été appliqué. Il fut signé en juin 1919 et, jusqu'au mois d'août 1921, aucune des parties contractantes ne mit en question que l'agriculture rentrât dans la compétence de l'O.I.T. Pendant la période intermédiaire, l'agriculture avait fait l'objet de maintes discussions et, par ailleurs, diverses mesures la concernant avaient été prises. A lui seul, cet ensemble de faits pouvait suffire pour faire pencher la balance en faveur de la compétence en matière agricole, s'il y avait quelque ambiguïté ».

Ainsi, la Cour, sans prêter aucune attention aux travaux préparatoires ni aux intentions des parties, a interprété le traité en tenant compte de ce que celui-ci a été exécuté d'une certaine manière (28).

Dans son avis n° 13, du 23 juillet 1926, relatif au travail des patrons boulangers, la C.P.J.I. a explicité encore cette méthode d'interprétation (29) ; on trouve, dans cet avis, les formules suivantes : « On doit admettre que ses membres, en lui (à l'organisation) assignant certaines fonctions avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permetre de s'acquitter *effectivement* de ces fonctions... Les fonctions de l'organisation sont d'un caractère tel qu'elles ne pourraient être *effectivement remplies* si elles impliquaient l'action commune sur le plan international de 58 ministres des Affaires étrangères ou plus ; la Cour en conclut que les membres ont conféré à l'organisation qualité pour présenter les réclamations internationales que nécessiterait l'exercice de ces fonctions... Les droits et devoirs d'une entité, telle que l'organi-

(27) Série B, n°s 2, 3, pp. 38-40.
(28) Erlich, *op. cit.*, p. 48.
(29) Série A-B, n° 19, p. 9 et s.

sation, doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, développés dans la pratique ».

Ainsi, l'application effective du traité apparaît bien comme un élément autonome de son interprétation.

De même, la C.I.J., dans l'avis rendu en 1949 dans la question des réparations des dommages subis au service des Nations Unies (30), a décidé que : « A considérer le caractère des fonctions confiées à l'organisation et la nature de la mission de ses agents, il devient évident que la qualité de l'organisation pour exercer, dans une certaine mesure, une protection fonctionnelle de ses agents, est nécessairement impliquée par la charte ». C'est donc la recherche de la fonction que remplit effectivement l'organisation dans le domaine international qui a guidé ici l'interprétation de la Cour, et non pas une recherche directe de l'intention des parties.

Enfin, on peut citer, dans le même sens, l'arrêt rendu par la Cour de Justice de la C.E.C.A., le 29 novembre 1955 (31), dans lequel la Haute Juridiction a déclaré qu'il ne faut pas considérer comme indûment extensive des pouvoirs de la Haute Autorité une interprétation qui, bien que reconnaissant à celle-ci un pouvoir non expressément prévu par les textes, s'impose néanmoins comme seule capable d'assurer à ces textes eux-mêmes leur plein effet et correspondant « à l'exercice normal d'un pouvoir nécessaire à la réalisation du régime prévu au paragraphe 26, alinéa 2, de la convention ».

Cette interprétation des conventions internationales, à partir de leur application effective, est donc le plus souvent mise en œuvre à propos des chartes constitutives d'organisations internationales.

Les nécessités de la vie internationale ont, en effet, mis en lumière de nombreux aspects de l'activité des organisations, dont les rédacteurs des actes constitutifs n'ont pas toujours enregistré explicitement les données (32).

L'interprétation de ces chartes aboutit ainsi pratiquement à leur révision ; l'étude des accords conclus par l'O.N.U., par exemple, illustre clairement ce fait que les organisations internationales exercent valablement des compétences non explicitement prévues par leurs chartes.

(30) Rec. 1949, pp. 180, 182, 184. Des considérations analogues ont été retenues dans l'avis rendu par la Cour au sujet du Tribunal Administratif des Nations Unies.

(31) Société des Charbonnages de Boermingen, Honthalen, Helcheteren et Zolder, contre Haute autorité de la C.E.C.A., Rec. 1955-56, vol. II, p. 323 (Affaire, n° 9-55).

(32) P. Reuter, *Institutions Internationales*, Paris, P.U.F., 1955, p. 312.

L'O.N.U. a conclu de cette manière, avec les Etats membres (33), avec les Etats non membres (34) et avec d'autres organisations internationales (35), un grand nombre d'accords internationaux dont la validité n'est pas sérieusement contestée et qui n'ont pas été prévus par la charte.

On pourrait multiplier de pareils exemples pour montrer comment, dans la pratique, les charges constitutives des organisations internationales se trouvent modifiées, ce qui pose de redoutables problèmes d'interprétation. Par exemple, la création du Tribunal administratif des Nations Unies par l'Assemblée générale a constitué un important changement dans l'ordre juridique des Nations Unies (36).

Le droit positif contient donc un grand nombre d'exemples dans lesquels l'application effective des traités apparaît comme une cause de leur révision et comme un élément autonome de leur interprétation.

Mais, c'est en doctrine qu'il faut rechercher l'explication de cette méthode d'interprétation.

B. — L'interprétation par l'effectivité en doctrine.

Les auteurs font preuve, en général, d'une grande prudence dans l'étude de cette méthode d'interprétation. Celle-ci ne peut, en effet, être considérée comme susceptible d'une application générale et illimitée (37).

(33) Cf. Kasme Badr, *La capacité de l'O.N.U. de conclure des traités*, préface Reuter, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1960, 214 p. Parmi les accords conclus avec les Etats membres on peut citer l'emprunt contracté auprès des Etats-Unis pour faciliter la construction du siège de l'O.N.U. le 23 mars 1948 (R.T.N.U., vol. 19, p. 13). L'accord conclu avec les Etats-Unis pour organiser le propre service postal des Nations Unies, conclu le 28 mars 1951 (*idem*, vol. 108, p. 231). Les trois accords conclus avec le Liban à propos des facilités à accorder à la force d'urgence (*idem*, vol. 266, p. 125 et vol. 286, pp. 199 et 211). L'accord conclu le 8 janvier 1957 avec l'Egypte pour déblayer le canal de Suez.

(34) Parmi les accords conclus avec les Etats non-membres, on peut citer les accords conclus par l'O.N.U. avec certains états désireux de participer à certaines commissions régionales comme la C.E.E. ou la C.E.A.O., ou à certains organes subsidiaires, comme l'U.N.I.C.E.F., ou la commission sur le contrôle des stupéfiants.

(35) Parmi les accords conclus par l'O.N.U. qui ne rentrent pas dans le cadre des articles 57 et 63 de la charte on peut citer l'accord conclu pour relier à l'O.N.U. l'agence internationale pour l'utilisation pacifique de l'énergie atomique (R.T.N.U., vol. 281, p. 369), les accords avec l'O.N.N.R.A. (*idem*, vol. I, pp. 97 et 138). Les accords avec certaines organisations régionales comme le Conseil de l'Europe (Conseil de l'Europe, Recueil des textes fondamentaux, III[e] Partie, n° 3).

(36) Cf. pour d'autres exemples analogues, Leca, thèse citée, p. 123 et s.

(37) Cf. par exemple M. Jokl, Thèse précitée, p. 181.

Elle ne peut d'abord être employée indifféremment par n'importe quel organe chargé de l'interprétation : les juridictions internationales, quel que soit leur prestige, peuvent difficilement employer une méthode aussi novatrice. En revanche, un organe international créé par un traité, notamment s'il est permanent, pourra plus facilement utiliser cette méthode pour interpréter sa propre charte constitutive.

L'objet du traité doit également être pris en considération pour savoir si cette méthode d'interprétation pourra être employée : il est clair que les traités essentiellement politiques ne se prêtent guère à ce genre d'interprétation, en raison du caractère consensuel très marqué qu'ils possèdent toujours ; une interprétation évolutive de ces traités n'est possible qu'avec l'accord de toutes les parties au traité.

Une autre précision s'impose enfin, qui limite le champ d'application de cette méthode d'interprétation : si l'interprétation a lieu peu de temps après la conclusion du traité, l'interprète sera tout naturellement porté à reconnaître à la volonté initiale des parties contractantes une très grande importance ; au contraire, si une longue période s'est écoulée entre le moment de la conclusion du traité et celle de son interprétation, les normes posées par le traité pourront plus facilement être considérées comme dotées d'une vie propre, objective, comme étant « détachées » de la volonté initiale des parties : l'interprétation par l'effectivité sera possible (38).

Il n'est donc pas surprenant que les traités d'organisations internationales fournissent une matière privilégiée à cette méthode d'interprétation.

Pourtant, en ce qui concerne les organisations elles-mêmes, dont les organes exercent souvent des compétences qui excèdent les pouvoirs que leur ont explicitement dévolu les chartes constitutives, plusieurs théories ont été proposées, qui ne font pas appel au principe d'effectivité.

Selon la théorie de la personnalité morale, on s'efforce de déterminer une liste précise des compétences que devraient nécessairement détenir les organes d'une institution dotée de la personnalité ; mais cet effort est vain : c'est l'existence de certaines compétences détenues par les organes créés par un traité qui permet de conclure à la personnalité de l'organisation qu'ils repré-

(38) Cf. Opinions dissidentes de MM. ALVAREZ et AZEVEDO, Avis de la C.I.J. du 3 mars 1950 relatif à l'admission des Etats membres des Nations Unies, Rec. pp. 16, 18, 23, cf. aussi DEHAUSSY, *op. cit.*, p. 24.

sentent : le raisonnement inverse est erronné, comme nous l'avons précédemment montré (39).

Selon la théorie des compétences implicites, les compétences des organisations internationales devraient être déterminées en tenant compte, non seulement du contenu de leur charte constitutive, mais aussi du but qui leur est assigné. Cette théorie, fondée notamment sur une analyse de l'avis précité de la C.I.J. sur la réparation des dommages causés aux Nations Unies, a un fondement exact, mais ne suffit pas, nous semble-t-il, à expliquer l'état du droit positif (40).

En effet, il faut bien admettre, nous semble-t-il, que les modifications apportées à la charte constitutive ou au traité, ont une cause juridique extérieure au traité lui-même ; certaines pratiques, considérées pourtant comme valables par une interprétation révisionniste du traité, apparaissent, en effet, comme nettement illégales par rapport à celui-ci (41).

Dans le cas de certaines organisations internationales, on peut admettre, semble-t-il, que certains organes ont un véritable pouvoir normatif, fondé sur la charte (42). Mais cette conclusion est limitée à certaines organisations internationales. Or, l'interprétation des traités, à partir de leur effectivité, a une portée plus large. Elle est un mode objectif d'interprétation des traités (par opposition aux modes subjectifs, fondés sur la recherche de la volonté des parties) ; cette méthode, qui permet l'adaptation des règles conventionnelles à l'ordonnancement international, constitue une application particulière du principe d'effectivité (43).

(39) Cf. DUPUY, *Le Droit des relations, op. cit.*

(40) Une variante a été apportée à cette théorie, par la théorie dite des compétences fonctionnelles, selon laquelle les organes des institutions internationales sont tenus d'user de leurs compétences dans la ligne générale des fonctions qui leur sont assignées, celle-ci étant déterminée non seulement par la charte constitutive, mais encore par l'application effective qui en a été faite. Cf. C.N., *Jenks Some Constitutionel problems of international organization*, Bybil, 1945, p. 11.

(41) Les résolutions prises par l'Assemblée générale des N.U. en application de la résolution de l'Union pour le maintien de la paix en fournit à notre avis un bon exemple.

(42) Cf. par ex. LAGRANGE, « *L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de la Cour de Justice* », R.D.P., 1958, p. 852, selon lequel les organes de la communauté ont un pouvoir normatif autonome qu'ils tiennent du traité et qui leur permet dans une certaine mesure et sous le contrôle de la Cour, de modifier le traité originaire.

(43) Le problème est posé en termes très nets dans la thèse de J. LECA, *op. cit.*, p. 134 : « Le traité seul n'étant plus une cause juridique suffisante pour justifier ces manquements à la légalité, pour que ceux-ci soient réintégrés dans l'ordre juridique, il faut que ces manquements à la légalité ne soient

A travers cette méthode, apparaît la fonction révisionniste de l'effectivité : les changements intervenus dans l'effectivité du traité sont, en effet, en dernière analyse, la cause juridique de la validité des modifications apportées à la règle elle-même.

Mais, si les changements survenus dans l'effectivité des traités ont pour effet de modifier le contenu même de ces règles, la disparition totale de l'effectivité d'un titre juridique a pour effet, comme nous allons le montrer maintenant, de supprimer la force obligatoire elle-même, la validité du titre juridique devenu ineffectif.

plus qualifiés tels, il faut qu'une source de droit prenne le relais du traité pour leur conférer une validité ». Cette source de droit est, selon nous, le principe général d'effectivité.

CHAPITRE II

L'invalidité des titres juridiques ineffectifs

Les actes, situations ou règles, juridiquement ineffectifs, sont dépourvus de force obligatoire. L'ineffectivité engendre l'invalidité.

Dans les ordres juridiques hiérarchisés (les ordres internes, par exemple), la fonction exécutive a pour mission d'assurer l'effectivité de l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire de garantir le respect des compétences régulièrement investies et utilisées, qu'il s'agisse des compétences individuelles des particuliers ou de celles des agents des pouvoirs publics (1).

Dans l'ordre international, la fonction exécutive n'est pas organisée comme dans les ordres internes ; un divorce durable risque donc plus aisément de s'établir entre un titre juridique valable et légal, et la réalité ; l'ordre juridique ne s'accommode pas d'une pareille divergence. Si elle se prolonge, le titre ineffectif perd sa force obligatoire, sa validité même, « car la réalité sociale n'admet pas un divorce permanent entre la validité et l'effectivité ; la validité doit correspondre à l'effectivité et l'ineffectivité à la nullité » (2).

De même que l'effectivité est un lien nécessaire entre les titres juridiques et la réalité, l'ineffectivité a pour effet de supprimer la validité.

La fonction révisionniste de l'effectivité se manifeste ici, comme la réciproque de sa fonction créatrice ; elle en est, en même temps, la confirmation.

(1) Cf. G. Scelle, *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international*, R.C.A.D.I., t. 55, pp. 91 à 99 et ici p. 92.

(2) Guggenheim, *La validité et la nullité...*, *op. cit.* p. 4.

Cette fonction peut être étudiée à propos des actes juridiques et des règles (coutumes et traités) ineffectives.

Section I

L'INVALIDITE DES ACTES JURIDIQUES INEFFECTIFS

Le droit international fournit de nombreux exemples de l'invalidité, c'est-à-dire en définitive du défaut de force obligatoire des actes juridiques ineffectifs.

C'est le cas, par exemple, des proclamations par les Etats de compétences territoriales ou personnelles fictives : les actes fictifs accomplis par les Etats dans ces domaines ne sont pas *juridiques*, opposables aux tiers, ils sont dépourvus de validité, comme nous l'avons montré (3).

De même, les dénonciations par les Etats de certaines situations ou de certains actes juridiques, qui ne sont pas accompagnés d'effectivité (refus de reconnaissance d'une situation effective, par exemple), sont dépourvus de validité.

Trois théories ont été avancées en doctrine pour rendre compte de cet aspect du droit positif ; chacune de ces théories repose implicitement sur le principe d'effectivité. Nous les étudierons successivement pour montrer que c'est le principe d'effectivité qui fournit ici l'explication la plus générale et, par là, la plus satisfaisante.

A. — La théorie de la prescription extinctive.

Selon cette théorie, inspirée directement par les ordres juridiques internes, un acte juridique, un droit subjectif ou une situation, ineffectifs pendant une longue période de temps, perdent leur validité. L'Institut de droit international, dans sa session de La Haye de 1925, a étudié la question de la prescription extinctive en droit international, sur les rapports de MM. Politis et de Visscher. Il a décidé, dans sa résolution finale, que « des considérations pratiques d'ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenues par la jurisprudence arbitrale, doivent faire rentrer la prescription libératoire... parmi les principes généraux du droit... dont la C.P.J.I. est appelée à faire application » (4).

(3) I^re^ Partie, Chapitre II ; nous ne reviendrons pas sur l'état du droit positif.

(4) Annuaire, 1925, p. 468.

Trois ordres d'arguments sont avancés pour justifier ce phénomène : la prescription est présentée comme un élément régulateur d'un système de preuve ; elle serait fondée sur l'impossibilité pratique de prouver l'existence d'un droit trop longtemps inutilisé ; en deuxième lieu, un droit inutilisé, abandonné par son titulaire négligent, paraît vacant ; l'ineffectivité fait donc présumer la volonté du titulaire du droit de ne pas se prévaloir de celui-ci ; enfin, un argument d'ordre objectif ou social est invoqué : l'action serait plus utile à la société que l'inaction ; les droits n'étant conférés à leurs titulaires que dans un but d'intérêt social, d'intérêt général, ils dépérissent lorsque ce but n'est plus poursuivi positivement (5).

Chacun de ces arguments contient, selon nous, une part de vérité ; mais il nous paraît inutile et insuffisant d'introduire la théorie de la prescription en droit international public. Inutile, parce qu'il est de l'essence de la prescription de comporter un délai précis ; or, si celui-ci existe dans les ordres internes, il n'existe évidemment pas dans l'ordre international. Insuffisant, car la théorie de la prescription ne recouvre qu'un cas particulier d'application du principe général d'effectivité. Les auteurs marquent, en général avec netteté, le caractère partiel de la théorie de la prescription : elle ne nous paraît donc pas devoir être retenue comme une théorie autonome. Elle n'est qu'une application du principe général d'effectivité (6).

(5) Il convient de remarquer que la théorie de la precription extinctive est liée à celle de la prescription acquisitive — l'une ne peut être conçue sans l'autre — en effet, le non-usage d'une compétence entraîne presque nécessairement l'exercice concurrent d'une compétence, qui se trouve validée par prescription dans la mesure même où l'autre compétence disparaît. Pour justifier l'existence de la prescription extinctive les auteurs invoquent ainsi un argument relatif à la prescription acquisitive : l'exercice des droits est fondé sur la conviction que celui qui exerce un droit en est le véritable titulaire. L'ineffectivité fait tomber ce substratum. OPPENHEIM écrit dans ce sens : « *The basis of prescription in the international law, is nothing else than general recognition of a fact, however unlawful is its origin on the part of members of the family of nations* », *Droit international public,* 6e édition, 1947, vol. I, pp. 526-527.

(6) Cf. en particulier sur ce point REUTER, *Droit international public, op. cit.*, p. 526. PINTO, *La prescription, op. cit.*, et notamment l'importante jurisprudence citée. POLITIS et de VISSCHER, *La prescription libératoire en droit international public,* rapport à l'institut de droit international, annuaire 1925, t. 32, pp. 1-49. SORENSEN M., *La prescription en droit international, Acta Scandinavia juris gentium,* 1932, p. 145. KING, *Prescription of claims in international Law,* 1934, Bybil, p. 82. ROCK W., *La prescription libératoire en droit international public,* 1949, Revue de droit international et de science diplomatique et politique, 254-286. ANZILOTTI, *Cours de droit international,* Paris, Sirey, 1929, notamment pp. 337-338.

Une autre théorie est proposée pour expliquer l'invalidité, le défaut de force obligatoire des actes ineffectifs : c'est celle de l'inexistence.

B. — La théorie de l'inexistence.

Certains auteurs ont développé cette théorie dans une optique traditionnelle (7).

Il convient de distinguer deux catégories d'actes juridiques irréguliers dans l'ordre international, les actes nuls et les actes inexistants.

Les actes nuls sont contraires à une règle du droit international : leur nullité peut être absolue ou relative ; les actes nuls produisent des effets juridiques provisoires jusqu'à ce que leur nullité soit proclamée par l'organe compétent : les actes atteints de nullité absolue sont alors privés d'effets « *ab initio* », tandis que les actes atteints de nullité relative sont privés d'effets à partir de la date de leur annulation (nullité « *ex nunc* » et non « *ex tunc* »). En effet, les actes nuls sont l'expression d'une certaine effectivité.

Au contraire, les actes inexistants (deuxième catégorie d'actes internationaux irréguliers) sont dépourvus de toute effectivité ; rentrent dans cette catégorie, les actes accomplis par un sujet incapable de poser des actes de droit international (passeports délivrés par un organe d'un Etat qui a disparu, par exemple) ou les actes posés par un sujet capable d'agir dans l'ordre international, mais totalement dépourvus d'effectivité. M. Guggenheim écrit à ce sujet : « Les actes internationaux, tels qu'un blocus non effectif ou une occupation de territoire sans prise de possession effective, ne sont pas capables de produire des effets juridiques. L'absence de la forme prévue en droit international n'est, dans ce cas, que la manifestation extérieure de l'inexistence *d'un élément tout à fait essentiel pour la validité d'un acte juridique, à savoir l'ineffectivité* ».

L'intérêt de la distinction entre les actes nuls et les actes inexistants résulte, selon cette théorie, dans le fait que l'inexistence s'impose d'elle-même : elle n'a pas à être constatée par un organe juridictionnel, par exemple. L'acte inexistant, étant totalement ineffectif, est, par nature, insusceptible de produire un effet juridique : il est nul « *ex officio* » et la preuve de son inexistence n'incombe pas au sujet de droit qui lui refuse toute valeur juridique, mais,

(7) Cf. Guggenheim, *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, R.C.A.D.I., 1949, vol. 74, pp. 55 à 134.

au contraire, c'est celui qui invoque sa validité qui devra prouver son effectivité.

Cette théorie est la transposition pure et simple de la théorie des actes inexistants, dans les ordres internes, à l'ordre international.

Et elle en a les faiblesses : il apparaît, en effet, que, pour se prononcer sur l'inexistence d'un acte juridique, le recours à un organe juridictionnel est nécessaire, quelle que soit l'ineffectivité de l'acte en question, si une contestation est soulevée. La distinction entre les actes nuls et les actes inexistants perd donc son intérêt pratique (qui consiste précisément en ce que l'inexistence apparaît par elle-même, sans être constatée par une procédure contentieuse).

Il nous semble que cette théorie a principalement le mérite de montrer clairement qu'un acte ineffectif est dans l'ordre international dépourvu « *ab initio* » de toute validité. Mais il nous paraît préférable d'avoir recours au principe général d'effectivité auquel la théorie de l'inexistence est nécessairement rattachée.

On peut, d'ailleurs, considérer qu'un acte ineffectif n'est plus un acte, qu'un acte purement ineffectif ne se conçoit pas logiquement : En réalité, l'acte ineffectif est purement verbal : il reste au plan des mots — il est dépourvu d'incarnation, de réalité : il est une fiction.

C. — La théorie des fictions en droit international.

La notion de fiction que nous avons fréquemment rencontrée a des rapports étroits avec le régime juridique des actes ineffectifs en droit international.

La fiction est le procédé intellectuel par lequel un objet est doté de caractères ou de qualités qui ne correspondent pas à sa réalité.

Ce procédé peut être utilisé pour expliquer ou pour interpréter une réalité complexe : la fiction est alors un mode d'analyse doctrinale. Mais la fiction peut également être utilisée par des sujets de droit dans leur activité juridique : elle fait alors partie de certains actes juridiques.

L'usage doctrinal de la fiction comme procédé de découverte est fréquent ; la fiction est une méthode de raisonnement analogue à l'hypothèse de recherche dans les sciences mathématiques ou physiques ; elle permet de tirer certaines conséquences d'une interprétation purement fictive donnée à la réalité (8). Les conclusions

(8) La présomption est un mode de raisonnement voisin de la fiction ; elle s'en distingue cependant en ce que la présomption ne tient pas pour véri-

ainsi obtenues sont alors confrontées à la réalité et à l'idéal de justice qui anime le juriste ; celui-ci peut opter valablement en faveur de la fiction dans la mesure où les résultats qu'elle permet d'atteindre lui paraissent convenables et correspondre à la plus haute réalité : la fiction de la « *clausula rebus sic stantibus* » est un exemple de ce mode de raisonnement.

Le danger de cette méthode est de séparer radicalement le droit de la réalité au nom d'impératifs de raison, de morale ou de justice sociale : une prudence élémentaire s'impose au juriste qui a recours à ce procédé ; elle consiste à faire explicitement mention du mode de réflexion employé, faute de quoi on finit par ne plus reconnaître ce qui est fictif et ce qui est réel dans un raisonnement juridique.

Mais ce n'est pas cet aspect de la fiction, comme mode de raisonnement, que nous analyserons ici, c'est la fiction comme acte juridique que nous examinerons.

La fiction implique l'intervention d'une volonté consciente et délibérée : elle se distingue par là de l'erreur.

Comme le mensonge (ou le dol), la fiction déforme volontairement la vérité, mais elle peut être un moyen employé pour accéder d'une réalité inférieure à un réalité supérieure. La fiction peut ainsi être employée dans les ordres internes par le législateur, par le juge ou par les sujets de droit eux-mêmes.

Le législateur peut utiliser la fiction (ou la présomption qui en est une des formes) dans un but de simplification, de certitude ou de sécurité ; toute réglementation juridique implique un certain formalisme, qui va de pair avec la généralité de la loi, édictée pour un nombre indéterminé de sujets considérés comme pourvus d'attributs identiques.

Il existe ainsi, dans tous les ordres juridiques, des fictions légales, inventées par le législateur pour rendre acceptables les règles qu'il édicte (autorité de la chose jugée fondée sur la fiction de la vérité de toutes les décisions de justice, par exemple, ou capacité légale fondée sur la fiction de l'égale aptitude des citoyens à exercer leurs droits à partir d'un certain âge, etc.).

Dans ce cas, la fiction explique la règle, mais ne la justifie pas ; la règle posée, inspirée par des raisons particulières, tire sa validité

table ce qui est certainement inexact mais ce qui est probablement vrai. Cf. Grossen J.M., *Les présomptions en droit international public*. Delachaux et Niestlé, Neuchatel, 1954, 189 p.

de l'autorité du législateur et de l'effectivité globale de l'ordre juridique (9).

Le juge utilise, lui aussi, des fictions ; celles-ci facilitent la création jurisprudentielle de règles nouvelles, présentées comme l'application de règles préexistantes. Ainsi fut créée l'action publicienne par le prêteur à Rome. Le juge international, comme le juge interne, utilise des fictions ; l'usage des fictions dans cette hypothèse est en général transitoire: en prêtant à une règle naissante l'expression d'une règle consacrée, la fiction fournit une aide temporaire mais indique, par le fait même, la nécessité de trouver une solution définitive (10).

Dans les ordres internes, le procédé de la fiction ne peut être valablement utilisé par des particuliers : un acte fictif posé par eux apparaît généralement comme un acte frauduleux et mensonger qui doit être annulé.

Dans l'ordre international décentralisé, les sujets de droit, et notamment les Etats, participent à l'élaboration des règles de droit : ils ont, dans une large mesure, des compétences législatives. Mais, en même temps, ils sont des sujets de droit soumis aux règles du droit international. Cette situation de dédoublement fonctionnel des Etats doit être appréciée au regard de l'emploi du procédé de la fiction dans leur activité juridique internationale.

Dans la mesure où les Etats remplissent des fonctions législatives ou judiciaires dans l'ordre international, ils peuvent valablement avoir recours à l'emploi du procédé de la fiction: la fiction joue alors son rôle dans l'effort de simplification et de généralisation du juge et du législateur. Mais, dans ce cas, elle doit nécessairement reposer sur une force effective qui assure le respect des conséquences juridiques qu'elle a permis d'atteindre.

En définitive, c'est l'effectivité du pouvoir détenu par l'Etat (ou les Etats), dans l'exercice du pouvoir législatif, qui légitime l'emploi de la fiction.

L'histoire des relations internationales est fertile en exemples illustrant cette affirmation. Par exemple la fiction selon laquelle, au XIX^e^ siècle, les règles juridiques internationales coutumières étaient acceptées par l'ensemble des membres de la communauté internationale (et, par conséquent, valables universellement) était

(9) Cf. GÉNY, *Science et Technique*, t. III, n^os^ 228 et s. LECOCQ, *La fiction comme procédé juridique*, Thèse, Paris, 1914. *Le problème des fictions en droit civil* ; travaux de l'association Henri CAPITANT, 1947, t. III, p. 235 et s. René DEKKERS, *La fiction juridique*, Sirey, 1935, 250 p.

(10) Les fictions posées par le législateur ou par le juge sont exécutoires dans les ordres internes.

une fiction législative valable, car elle était posée par des Etats législateurs susceptibles d'obtenir effectivement (et sans contestation) le respect de la règle coutumière posée.

De même, la fiction selon laquelle l'espace aérien est une partie du territoire de l'Etat est valable dans la mesure où les Etats qui ont posé cette règle dans l'exercice de leurs fonctions législatives, peuvent obtenir un respect effectif des conséquences qu'elle implique.

En conclusion, ce qui caractérise ces fictions d'ordre législatif, c'est que leur rôle est purement conceptuel : elles sont un mode de raisonnement, une explication, qui s'applique à une situation effectivement établie.

Au contraire, si les Etats utilisent le procédé de la fiction sans assortir celle-ci d'une quelconque effectivité ils se trouvent dans la situation de sujets de droit ; leurs actes fictifs n'ont pas plus d'effet que les actes fictifs accomplis par les sujets de droit dans les ordres internes.

Par exemple, les reconnaissances d'Etats fictifs ne sont pas valables : elles sont dépourvues d'effets juridiques en dehors de l'ordre juridique interne de l'Etat auteur de la reconnaissance (11).

Si le respect effectif des conséquences juridiques de l'acte fictif n'est pas assuré, la fiction perd son rôle dans l'élaboration législative : elle devient un acte mensonger ou frauduleux, dépourvu d'effets juridiques.

En définitive, l'usage de la fiction dans l'activité juridique internationale n'est légitime que s'il repose sur l'effectivité des conséquences tirées de la fiction : la théorie des fictions apparaît donc comme un aspect particulier du principe général d'effectivité.

C'est, en effet, à ce principe qu'il faut avoir recours, nous semble-t-il, pour expliquer l'invalidité des actes juridiques ineffectifs, car ce principe a une portée générale. L'ineffectivité entraîne donc l'invalidité des actes juridiques : ainsi se manifeste, sous une forme radicale, la fonction révisionniste de l'effectivité. Mais elle apparaît également dans un domaine voisin du droit international : l'ineffectivité entraîne, en effet, l'invalidité des règles juridiques, comme nous allons le montrer.

(11) On peut préciser cette affirmation : les effets de la reconnaissance d'une situation ineffective sont ceux du refus de reconnaissance de la situation effective qui lui est substituée. Cf. VERZIJL, *La Validité et la nullité des actes juridiques internationaux*, R.D.I., 1935.I, pp. 329 à 330.

Section II

L'INVALIDITE DES COUTUMES ET DES TRAITES INEFFECTIFS

Les règles juridiques, coutumières ou conventionnelles, qui deviennent ineffectives, perdent leur force obligatoire, leur validité.

D'abord, les règles juridiques dont l'ineffectivité se prolonge durablement tombent en désuétude. D'autre part, la survenance de certains événements ou le comportement de certains Etats parties à un traité, qui sont de nature à rendre le traité ineffectif, entraînent la révision de celui-ci, mettent en cause sa validité même.

A ces divers points de vue, la fonction révisionniste de l'effectivité peut être mise en évidence. Il apparaît, ici encore, que le droit international est soumis au principe général d'effectivité.

Pour montrer que les règles juridiques devenues ineffectives perdent leur validité, nous étudierons successivement la désuétude des règles juridiques, l'effet de la guerre sur les traités, l'abrogation des traités du fait d'une des parties et enfin leur abrogation du fait de la survenance d'une cause étrangère aux parties. Ces divers problèmes ont d'ailleurs soulevé de multiples discussions doctrinales ; nous ne pourrons que les rappeler brièvement.

§ 1. — La désuétude des coutumes et des traités ineffectifs.

La désuétude est un processus d'extinction des règles juridiques dans l'ordre international ; elle consiste en un défaut de mise en application d'une règle de droit, accompagnée de la conscience commune que cette règle ne doit plus être respectée.

Les deux éléments constitutifs de la coutume, l'un matériel, l'autre psychologique, se retrouvent donc ici dans leur forme négative.

Le processus de désuétude apparaît comme la contre-épreuve de la formation de la coutume. Si la coutume, ou « consuétude », est la répétition d'actes et d'attitudes convergents qui, dans la conscience des personnes ou des autorités intéressées, acquièrent la force du droit, la désuétude n'est autre chose que le processus contraire, en sens inverse : un désintéressement surgit, les possibilités qu'offre un ordre légal ne sont pas utilisées (12).

(12) La désuétude se distingue de la prescription extinctive, comme la coutume se distingue de la prescription acquisitive ; par la prescription extinc-

L'étude de la désuétude des règles d'origine coutumière, aussi bien que des règles d'origine conventionnelle, révèle qu'une norme devenue ineffective perd sa force obligatoire : ainsi se manifeste, sous sa forme extrême, la fonction révisionniste de l'effectivité.

A. — La désuétude des coutumes.

Les règles coutumières qui deviennent ineffectives tombent en désuétude et perdent leur caractère obligatoire.

La désuétude des règles coutumières se réalise, en effet, par l'accomplissement d'un processus inverse de celui qui conduit à l'établissement d'une coutume.

L'absence ou le dépérissement de l'un des éléments constitutifs de la coutume (*opinio juris* et pratique générale) entraînent l'extinction de celle-ci par désuétude.

L'opinion de certains auteurs selon lesquels « seule la cessation de la conscience de la nécessité d'une coutume marque le moment de sa désuétude » (13), n'est donc pas fondée ; elle ne correspond d'ailleurs pas au droit positif ; la disparition de la pratique générale entraîne, lorsqu'elle est établie, la désuétude des coutumes.

Les problèmes que nous avons rencontrés au sujet de l'élaboration des coutumes se retrouvent donc ici ; quelle doit être la durée du défaut de la pratique alléguée pour que la coutume tombe en désuétude ? Quelle doit en être la généralité ? Quelle valeur et quelle signification doit-on, dans ce domaine, accorder au silence des Etats intéressés ? Quels sont les organes étatiques qui peuvent, par leur abstention, participer à la désuétude d'une coutume ? Nous n'étudierons pas une seconde fois tous ces problèmes ; toutes les solutions auxquelles nous sommes parvenus à propos de l'élaboration des règles coutumières peuvent, en effet, être transposées ici en leur donnant une formulation négative.

L'ineffectivité joue, dans le processus de désuétude, le même rôle que l'effectivité dans la formation des coutumes.

Une coutume tombe en désuétude lorsqu'elle devient ineffective.

Nous nous contenterons de faire deux remarques que suscite le problème de la désuétude des règles coutumières.

Le plus souvent, lorsqu'une coutume tombe en désuétude, elle est remplacée par une autre coutume, elle-même effective ou, en tout cas, par une règle de droit positif, effective, qui prend sa

tive ce sont les droits subjectifs qui s'éteignent, tandis que la désuétude atteint les règles juridiques.

(13) Cf. par exemple Mateesco, *op. cit.*, p. 255.

place. Dans ce cas, la désuétude de la coutume est à la fois établie et prouvée par l'effectivité de la règle qui s'est substituée à elle.

C'est notamment le cas du phénomène qualifié habituellement d'abrogation ou de révision des coutumes par des traités. A proprement parler, un traité, conclu entre quelques sujets de droit, ne saurait abroger une coutume générale qui lui préexiste. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que ce traité soit signé par l'ensemble des sujets de droit de l'ordre international (dans l'hypothèse d'une coutume générale).

Il arrive fréquemment que des traités modifiant ou révisant une coutume contribuent à la désuétude de celle-ci.

C'est le cas, en particulier, des conférences de codification du droit international, qui réunissent un grand nombre d'Etats et dont le but est précisément de substituer des règles conventionnelles aux règles coutumières antérieures.

Ces traités n'abrogent pas, à proprement parler, la coutume antérieure. En effet, dans les rapports entre les Etats signataires, la règle de droit que posent ces traités se substitue à la règle coutumière antérieure ; mais ces traités n'ont pas, en principe, d'effets à l'égard des Etats tiers, qui n'y ont pas été parties, et entre lesquels la coutume antérieure continue à être valable. Toutefois, l'effectivité de ces traités, leur application effective, contribue à rendre désuète la coutume antérieure, surtout s'il s'agit de traités multilatéraux à la conclusion desquels ont participé de nombreux Etats ; en effet, l'application effective de ces traités tend à supprimer l'existence de la pratique générale, élément matériel nécessaire à l'existence de la coutume (14).

Ainsi les traités effectifs peuvent-ils être un élément fort important du processus de désuétude d'une coutume ; dans cette mesure, ils peuvent avoir des conséquences juridiques à l'égard des Etats qui n'y sont pas parties ; c'est bien l'effectivité du traité qui contribue à la désuétude de la coutume ; en effet, si un traité abrogeant expressément une coutume n'est pas suivi d'une application effective, la coutume prétendûment abrogée par ce traité demeure pleinement valable, au moins pour les Etats tiers, non parties au traité.

Un exemple typique de cette hypothèse est fourni par la déclaration du 18 février 1815, abolissant la traite des noirs : cette déclaration ne fut pas respectée, elle ne fut pas effectivement appliquée ; et la coutume validant la traite demeura en vigueur

(14) On peut, à titre d'exemple, rappeler l'abrogation conventionnelle de la traite des noirs, qui obéissait précédemment à des règles coutumières.

comme règle de droit positif, jusqu'à l'acte général de Bruxelles du 2 juillet 1890, abolissant à nouveau la traite, qui fut effectivement appliquée par ses signataires, et qui contribua à rendre désuète la coutume antérieure.

En conclusion, une coutume tombe en désuétude lorsqu'elle devient ineffective ; ceci se produit, le plus souvent, lorsqu'une règle juridique contraire, elle-même effective, a pris naissance.

Les règles juridiques d'origine conventionnelle sont, elles aussi, susceptibles de tomber en désuétude.

B. — La désuétude des traités ineffectifs.

Les ordres juridiques internes n'admettent pas en général, que les lois ou règlements tombent en désuétude ; il arrive cependant qu'une règle juridique, inappliquée pendant une longue période de temps, soit considérée comme désuète ; c'est le cas, en particulier, en droit constitutionnel français, de certaines dispositions de la Constitution de 1875.

Les obligations conventionnelles sont, au contraire, dans les ordres internes, susceptibles d'être prescrites.

En droit international, en revanche, les traités peuvent tomber en désuétude, même s'ils établissent des règles juridiques plus proches par leur nature de la loi ou du règlement que des obligations purement conventionnelles.

Le droit international positif offre de nombreux exemples de désuétude des normes coutumières.

Les conventions de capitulation, par exemple, sont tombées en désuétude lorsqu'une assimilation a été réalisée entre les deux systèmes juridiques en présence, par la laïcisation de l'un d'eux ; leur désuétude est apparue comme la forme ultime et achevée des dérogations successives qui leur ont été apportées (15).

De même, les institutions du mandat international ou du protectorat disparaissent par désuétude lorsque l'Etat sous mandat ou protégé peut être considéré comme ayant conquis « sa majorité internationale ».

Ou encore, le statut de neutralité devient désuet, quelles que soient les stipulations originaires qui l'ont établi, lorsque l'intérêt social qui a motivé son établissement, par exemple l'état de tension entre grandes puissances voisines, cesse d'être réalisé (16).

(15) Cette désuétude a d'ailleurs été constatée par la conclusion de traités d'abrogation.

(16) Cf. Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités*, Sirey, Paris, 1936, 99 p., ici p. 20.

On peut citer encore, à titre d'exemples de la désuétude des traités, la désuétude des dispositions de l'article 18 du pacte de la S.D.N. ; celle des traités fixant le régime du bassin du Congo (Convention de Berlin de 1885, de Bruxelles de 1890, de Saint-Germain du 10 septembre 1919, notamment article 15) jamais abrogés (17) ; la désuétude, pendant la deuxième guerre mondiale, des traités fixant les règles de la guerre sous-marine.

La désuétude des traités soulève de nombreuses discussions théoriques.

Pourquoi un traité, inappliqué pendant une longue période, perd-il sa force obligatoire ? Pourquoi le fait du non-usage devient-il normatif, amène-t-il à enlever à la norme sa validité au bout d'une certaine durée ?

Il convient d'abord de distinguer la désuétude de la caducité des traités ; la caducité est le phénomène par lequel le traité perd immédiatement et brutalement, sans délai, sa force obligatoire ; elle se produit, par exemple, dans le cas de la disparition d'une des parties au traité.

La désuétude, au contaire, se réalise progressivement ; comme la coutume, elle implique l'écoulement d'une certaine durée.

La désuétude des traités doit également être distinguée des modes d'extinction des traités fondés sur un échange de volonté des parties (dénonciation, révision conventionnelle, abrogation par un nouveau traité...) ou fondés sur la survenance d'un événement nouveau (force majeure, guerre, changement de circonstances, etc.).

La doctrine a étudié le problème particulier posé par la désuétude des traités. Les discussions qui s'élèvent à ce sujet sont très comparables à celles que nous avons rencontrées à propos de la coutume elle-même (18).

La désuétude atteint un traité lorsqu'un non-usage répété et ininterrompu atteint les règles qu'il pose et lorsque ce non-usage est accompagné du sentiment que les règles posées par le traité ne sont plus obligatoires ; le non-usage devra porter naturellement sur un clause essentielle du traité et non sur une clause mineure ou secondaire.

La désuétude résulte principalement d'un élément de pur fait : cette constatation est analogue à celle que nous formulée à propos

(17) Cf. « *Congo treaties in disapear* », S.N.A., *in Economist*, 25 juin 1955, p. 1141.

(18) Cf. par exemple, Sibert, *Cours de doctorat, op. cit.*, p. 150. Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités, op. cit.*, p. 20 et s. Mac Nair, *The law of treaties, op. cit.*, p. 375 et s. Pinto, *La prescription en droit international*, R.C.A.D.I., 1955.1, p. 391 et s., et la bibliographie citée. J. Leca, Thèse, *op. cit.*, p. 263 et s.

de la coutume : mais ici l'élément de fait consiste en une certaine ineffectivité.

Il faut d'abord, pour qu'un traité tombe en désuétude, que le non-usage existe pendant une période assez longue ; une simple protestation, non suivie d'une mise en application du traité, ne suffirait pas à interrompre la désuétude du traité (19).

D'autre part, la désuétude des traités n'est pas fondée sur un accord tacite de volonté des Etats parties au traité ; certes, le non-usage, élément de pur fait, ne suffit pas, semble-t-il, à rendre un traité désuet ; il faut aussi qu'existe, à l'égard de la règle juridique posée par le traité, une certaine désaffection psychologique, le sentiment que cette règle n'est plus obligatoire.

Mais la preuve de cet élément psychologique — dont l'existence est requise par la doctrine dominante — est impossible à rapporter directement ; on ne peut l'établir qu'en prouvant que les parties au traité ont renoncé à l'appliquer ou même à invoquer son application ; c'est donc, en prouvant que les parties se sont abstenues d'appliquer le traité pendant une période assez longue, que la preuve de la désuétude peut être apportée ; c'est en établissant l'ineffectivité du traité qu'on peut, en définitive, établir l'existence de l'élément psychologique.

D'autre part, cet élément psychologique ne peut être assimilé à un *mutuus dissensus* ; en effet, la conduite des organes étatiques incompétents pour engager l'Etat internationalement, ainsi que la conduite des simples particuliers, sont prises en considération habituellement pour établir l'existence du non-usage. Ceci montre bien que la désuétude n'est pas fondée sur la volonté tacitement exprimée des Etats parties au traité (20).

La désuétude des traités résulte donc principalement, comme la désuétude des coutumes elle-même, d'un élément de pur fait, d'un non-usage prolongé, c'est-à-dire d'un élément d'effectivité.

Le plus souvent d'ailleurs, le traité désuet est remplacé, soit par un traité, soit par une pratique dotés d'effectivité et qui le contredisent ; c'est cette effectivité contraire qui se substitue à l'application du traité ineffectif et qui marque sa désuétude.

(19) Sur le droit positif à ce sujet cf. par exemple l'affaire *des Minquiers et des Ecrehous*, C.I.J., Rec. 1953, p. 18 et l'opinion dissidente du juge Levi-Carneiro.

(20) En sens contraire on peut citer une décision arbitrale, à vrai dire ancienne, rendue par le Sénat de Hambourg, le 21 octobre 1901, entre la Grande-Bretagne et le Portugal, dans l'affaire *Yulle, Shortridge* = cette sentence pose en principe qu'il appartient aux seuls gouvernements d'abroger expressément un traité ou d'en suspendre l'usage, cf. LAPRADELLE, Politis II, 78 et s., surtout p. 105 et notes 113-114.

L'étude de la désuétude des coutumes et des traités nous permet donc de conclure que la désuétude est un processus d'extinction des règles juridiques, qui implique l'intervention d'un élément de durée, que le droit international ne définit pas avec précision, et dans lequel le fait du non-usage de la règle juridique devient normatif et lui enlève sa validité.

Mais l'ineffectivité d'une règle juridique peut produire effet au plan de la validité plus brutalement, plus immédiatement, comme nous allons le montrer maintenant.

§ 2. — L'effet de la guerre sur les traités.

L'état de guerre modifie radicalement les relations juridiques des belligérants : il emporte notamment d'importantes conséquences sur les traités qu'ils ont conclus ; la guerre est comparable, par les effets qu'elle produit, aux révolutions dans l'ordre interne (21).

Certains auteurs se sont proposés de fournir une solution globale au problème de l'effet de la guerre sur les traités.

Les uns, considérant que la guerre est un acte illicite, affirment que tout en elle est irrégulier et dépourvu d'effets juridiques en application des adages : « *ex injuria jus non oritur* » et « *quod nullum est nullum produxit effectum* ».

D'autres, dans la même perspective, soutiennent que la guerre ne produit aucun effet sur les traités conclus entre belligérants : tous les traités resteront valables, « sinon les Etats n'auraient qu'à s'engager dans la sinistre aventure de la guerre pour s'exonérer de leurs obligations » (22). Telle était notamment l'opinion de Georges Scelle selon lequel : « le soi-disant principe d'après lequel la survenance de l'état de guerre rend caducs les traités... est en réalité non par un principe juridique, mais une pratique gouvernementale ou jurisprudentielle, inspirée de motifs politiques » (23).

Pour d'autres auteurs encore, la guerre n'étant qu'une situation exceptionnelle et de courte durée, qui ne supprime pas la « solidarité

(21) Il faut remarquer que « l'état de guerre » emporte les mêmes conséquences juridiques qu'une guerre régulièrement déclarée, cf. par ex. Mac Nair, R.C.A.D.I., 1937.I, pp. 573-76 et 578-80. D'autre part une distinction doit être faite entre les effets de la guerre sur les traités conclus entre belligérants et ses effets à l'égard des traités conclus entre un blligérant et un autre : dans cette deuxième hypothèse la guerre apparaît soit comme une cause étrangère aux parties, soit comme le fait d'une des parties (le belligérant) : elle ne pose pas de problème différent de ceux que nous étudierons dans les paragraphes suivants.

(22) Sibert, *op. cit.*, p. 168.

(23) G. Scelle, « *De l'influence de l'état de guerre sur le droit conventionnel* ». Journal de droit international, 1950, p. 261.

naturelle » des peuples, ne peut que suspendre les effets des traités entre les belligérants, sans les abroger.

Enfin, pour un dernier groupe d'auteurs, la guerre est une cause d'abrogation des traités conclus entre les belligérants. Cette opinion est soutenue, ou bien par l'argument que la guerre est une véritable voie de droit tendant à la modification ou à la révision de l'ordre juridique antérieur (24), ou bien par l'argument que la guerre donne lieu à une abrogation voulue par le vainqueur et enregistrée par le traité de paix.

Aucune de ces opinions théoriques, dans la critique desquelles nous n'entrerons d'ailleurs pas, ne correspond exactement au droit positif.

L'Institut de droit international, saisi de ce problème en 1911, élabora une solution nuancée s'efforçant principalement de tenir compte de la volonté présumée des parties. Il posait les principes suivants (25) : « Doivent perdre leur force obligatoire du fait de la guerre :

— Les traités incompatibles avec l'état de guerre (tels que les traités d'alliance ou de subsides) ;

— Les traités par rapport auxquels la guerre révèle la volonté de rompre irrémédiablement un lien de subordination d'Etat à Etat qu'ils consacrent (tels que les traités de protectorat ou de vassalité) ;

— Les traités qui supposent une collaboration économique ou politique continue (tels que les traités prévoyant un contrôle financier ou administratif ou les traités d'union douanière) ;

— Les traités politiques ;

— Certains traités de commerce ».

Mais cette construction, affaiblie parce qu'elle repose sur une simple présomption de la volonté des parties, doit être rejetée, car elle ne correspond pas au droit positif.

La seule explication cohérente des solutions du droit positif est, en effet, fournie, nous semble-t-il, par le principe d'effectivité.

La guerre entraîne la révision des traités qu'elle rend ineffectifs. C'est ainsi que la guerre ne modifie pas l'effectivité des traités qui peuvent être appliqués, exécutés, malgré la survenance de l'état de guerre, en raison de leur objet ou de leur utilité sociale.

Ces traités restent pleinement valables et obligatoires, malgré la survenance de l'état de guerre.

(24) Cf. par exemple, Louis RENAULT, *Consultation pour le Pérou en* 1906, cité par SÉBERT, *op. cit.*, p. 170.

(25) Annuaire, p. 175.

C'est ainsi, par exemple, que les conventions de Genève sur l'opium, et spécialement celle du 19 février 1925, sont restées en vigueur pendant la deuxième guerre mondiale (26). De même, la guerre n'a eu aucun effet sur la convention de Montreux, du 20 juillet 1936, relative aux détroits turcs, ni sur celle du 8 mai 1937 abrogeant les capitulations en Egypte.

La guerre ne modifiait pas, en effet, l'effectivité de ces conventions, leur utilité sociale.

Dans d'autres hypothèses, la guerre peut porter atteinte momentanément à l'effectivité de traités qui se trouvent ainsi suspendus pour la durée des hostilités ; c'est le cas, par exemple, de certains traités multilatéraux à objet technique, qui retrouvent, après la guerre, leur utilité sociale et leur effectivité (par exemple, les articles 282, 284 et 286 du traité de Versailles ont maintenu les conventions relatives aux télécommunications, à la protection de la propriété industrielle, à la protection des œuvres littéraires et artistiques, à la publication des tarifs douaniers, etc.).

Enfin, certains traités sont purement et simplement rendus caducs par la survenance de l'état de guerre, qui les rend totalement et définitivement ineffectifs (27).

La guerre a donc, dans l'ordre international, des effets juridiques comparables trait pour trait à ceux de la révolution dans les ordres internes : certaines règles juridiques sont maintenues, d'autres sont simplement suspendues, d'autres enfin radicalement rendues caduques et abrogées (28).

Comme la révolution, la guerre a une force abrogatoire et un pouvoir créateur qui résulte du maintien d'une force prolongée. Le traité de paix, qui fonde l'ordre international sur de nouvelles bases, a le même rôle que la loi constitutionnelle élaborée après le succès des forces révolutionnaires : dans les deux hypothèses, la force fonde le droit : le consentement des sujets de droit à cette mutation brusque est démontré immédiatement. Sans doute, la durée apporte-t-elle quelque chose de plus : une confirmation, une consolidation, mais ce n'est précisément que la ratification de ce qui a été acquis sans elle (29).

(26) Cf. La communication du comité central de l'opium du 22 septembre 1939 ; résumé mensuel des travaux de la S.D.N., octobre 1939, pp. 452-453, cf. sur ce point WESTLAKE, *International law*, 2e édit., 1910, t. I, pp. 60 et 294-95. MAC NAIR, *op. cit.*, R.C.A.D.I., 1937.I, pp. 537-555.

(27) C'est le cas par exemple d'un traité d'alliance militaire entre belligérants, cf. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 567.

(28) LIET-VEAUX, *Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Thèse, Rennes, 1943. *Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes*, R.D.P., 1943, p. 116.

(29) Michel VIRALLY, *La Pensée juridique, op. cit.*, p. 196.

§ 3. — L'invalidité des traités du fait d'une (ou de quelques-unes) des parties (30).

Un traité peut être rendu ineffectif par l'attitude d'une (ou de quelques-unes) des parties qui cessent de l'appliquer. Ce comportement s'analyse en une violation du traité (31) ; il est contraire au droit international et notamment au principe « *pacta sunt servanda* », et il doit normalement être sanctionné ; en tout cas, en pure technique juridique, le traité ne saurait être invalidé à la suite de sa violation. Le problème est cependant plus complexe : ici encore, le principe d'effectivité trouve application ; les traités ineffectifs perdent leur validité.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

La violation d'un traité par un Etat ou quelques Etats peut d'abord être sanctionnée : certes, l'ordre international n'est pas hiérarchisé, il ne fait place à aucune fonction judiciaire ou exécutive exactement comparables à celles des ordres internes : mais, un certain nombre de procédures sont possibles cependant, pour régler les conflits interétatiques, procédures qui peuvent aboutir, dans le cadre de l'O.N.U., à une coercition organisée contre l'Etat qui trouble la paix ou la sécurité.

Mais, dans la plupart des cas, en l'absence d'accord de l'Etat auteur de la violation, pour procéder à un règlement pacifique du différent ou à une révision conventionnelle du traité, la violation n'est pas directement sanctionnée sur le plan juridique.

Deux possibilités peuvent alors se présenter qui illustrent, l'une et l'autre, les conséquences de l'ineffectivité sur la validité des traités.

L'Etat ou les Etats victimes de la violation du traité peuvent, en invoquant « *l'exceptio non adimpleti contractus* », dénoncer le traité et refuser à leur tour de l'exécuter (32) ; ainsi, le droit

(30) Cf. notamment, DEHAUSSY Jacques, *Travaux de la commission de droit international de l'O.N.U.*, A.F.D.I., 1959, pp. 494 à 504. E.C. HOYTT, *The unanimity rule in the revision of treaties a reexamination, op. cit.*, Jean LECA, thèse citée, Boleslaw Navroski, thèse citée.

(31) En l'absence de clause du traité ouvrant la possibilité d'une dénonciation unilatérale du traité, le principe de l'illégalité des dénonciations unilatérales est indiscutable. La jurisprudence et la pratique internationale en fournissent de nombreuses applications. Le principe de l'unanimité dans la révision des traités multilatéraux a été posé pour la première fois dans la déclaration de Londres du 17 janvier 1871 (Cf. HERTSLET, *The map of Europe by treaty*, 1904).

(32) De nombreuses décisions de jurisprudence internes ou internationales consacrent la légalité du recours à l'*exceptio non adimpleti contractus* = cf. par exemple, Cours suprême des Etats-Unis, Aff. *Ware*, 1796, Aff. *Charlton*, 1913, T. Fédéral Suisse, 2-2-1923 (Clunet, 1924-1135). Cours d'appel, Paris,

s'aligne définitivement sur le fait ; la dénonciation n'est pas une sanction, mais la légalisation du fait accompli ; la mise en œuvre du principe coutumier « *non adimpleti* », laisse d'ailleurs à la charge de l'Etat fautif d'éventuels dommages-intérêts (33).

Dans cette hypothèse, le fait précède donc le droit ; par le jeu du mutuel dissentiment des parties, le traité rendu ineffectif, par la violation d'une ou de quelques-unes des parties, perd sa force obligatoire : « *l'exceptio non adimpleti contractus* » est une application du principe d'effectivité.

Mais son champ d'action est limité. D'abord, la partie (ou les parties) lésée peut ne pas invoquer cette exception et revendiquer l'application du traité.

Celui-ci demeurera théoriquement valable ; il conservera notamment sa force juridique dans l'ordre interne de l'Etat qui ne l'a pas dénoncé et, par exemple, un ressortissant de cet Etat serait débouté s'il soulevait, devant une juridiction interne, une exception tirée de l'inexécution du traité par l'autre partie.

Mais, en fait, un traité de forme synallagmatique, violé par une des parties et non dénoncé par l'autre, sera inexécuté. En l'absence de sanctions organisées dans l'ordre international, le divorce qui s'instaure entre le fait et le droit aura pour effet de rendre progressivement le traité invalide.

Le droit positif en fournit de nombreux exemples. La Russie a dénoncé, en 1870, le traité de neutralisation de la Mer Noire qui lui était imposé par le traité de Paris.

La France a, par exemple, abrogé unilatéralement, par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, le concordat du 15 juillet 1901. Le Saint-Siège a, à cette occasion, expressément condamné la thèse du gouvernement français, au nom du principe « *pacta sunt servanda* » (34), mais le concordat n'en a pas moins perdu sa validité.

De même, l'Allemagne a dénoncé unilatéralement la déclaration germano-polonaise de renonciation à la force du 20 janvier 1934 et l'accord naval anglo-allemand du 18 juin 1935, le 28 avril 1939 ;

28-1-1926, 5-27, II-1. Sentence du Président Coolidge, 4-3-1925, Aff. *du Tacna et Arica*, Annual Digest, 1925.26.357.

(33) Cf. par exemple, Affaire *Thomas, V. United States*, Circuit-Court, 1874, cité par Mac Nair, *La terminaison...*, *op. cit.* Dans le même sens, Ware, V. Hylton, *Sentence du juge Iredell*, 1796, citée par D.P. Myers, *Violation of treaties by adverse national action*, A.J.I.L., 1918, pp. 110-111. Voir aussi l'arrêt de la Cour de Rotterdam, 7 octobre 1949, Ann. D. 1949, Case 110, p. 1314, Fauchille, *Traité, op. cit.*, t. I, vol. III, parag. 854, p. 388.

(34) Encyclique *Vehementer Nos*, publiée par Pie XI, le 11 février 1906, Preclin et Renouvin, *Textes et Documents d'Histoire*, IV, Paris, 1939, p. 26.

ces dénonciations ont eu, en définitive, pour effet d'enlever à ces traités leur force obligatoire.

L'Egypte a, de même, dénoncé les traités anglo-égyptiens de 1936 et le condominium sur le Soudan de 1899 ; ces traités sont désormais dépourvus de force exécutoire (35).

On pourrait multiplier de pareils exemples qui montrent qu'un traité inappliqué (même à la suite d'un acte illégal) et qui devient ineffectif, perd, en définitive, sa force obligatoire, même si la partie lésée par la violation ne l'a pas dénoncé expressément en vertu de l'« *exceptio non adimpleti contractus* ».

Dans certains cas, d'ailleurs, la ou les parties victimes de la violation ne peuvent pas invoquer l'« *exceptio non adimpleti contractus* ». Sir Fitzmaurice a montré clairement, en ce qui concerne les traités multilatéraux, les limites de l'application de l'« *exceptio non adimpleti* » (36) ; si la violation commande toute l'économie du traité (ce qui peut se produire, même lorsque le traité n'est violé que partiellement, en raison de l'étroite interdépendance des obligations prescrites par un traité multilatéral), « les autres parties peuvent alors considérer ledit traité comme ayant pris fin, ou retirer leur participation individuellement audit traité ». Elles peuvent donc invoquer l'« *exceptio non adimpleti* » ; au contraire, si la violation frappe certaines obligations indépendantes du traité, les autres parties pourront s'abstenir d'exécuter le traité à l'égard de la partie défaillante, mais celui-ci demeurera obligatoire entre elles.

Cette limitation du jeu de l'« *exceptio non adimpletti* » nous paraît très logique ; elle est d'ailleurs une conséquence du principe d'effectivité : si une obligation indépendante du traité est violée, celui-ci ne devient pas ineffectif pour le reste de ses dispositions — si la violation atteint, au contraire, le traité globalement, l'exécution de celui-ci s'avère impossible et sa dénonciation est licite : elle vient confirmer l'ineffectivité du traité.

En conclusion, il apparaît que le jeu de l'« *exceptio non adimpleti contractus* » fournit une application de principe d'effectivité, une illustration de l'alignement toujours recherché du droit sur le fait.

Enfin, une troisième hypothèse d'invalidité des traités du fait d'une ou de quelques-unes des parties doit être distinguée : celle des révisions de type majoritaire.

(35) ZUYEV, *Les droits légitimes du peuple Egyptien*, Paris, 1952.

(36) FITZMAURICE, 2e rapport à la commission du droit international public, A/CN/4/107, 1957, article 19-1/2.

En principe, si aucune clause ne prévoit, dans un traité, la possibilité d'une révision majoritaire (au sens large de ce mot, qui désigne également l'abrogation) d'un traité multilatéral, celui-ci doit être modifié suivant la règle de l'unanimité (37). Mais cette règle de la révision unanimitaire est trop rigide pour ne pas recevoir, en droit positif, des exceptions nécessaires (38). « Il paraît clair aujourd'hui que l'exigence traditionnelle de l'unanimité appelle un nouvel examen qui assure à la procédure de révision une flexibilité qui lui est désormais nécessaire » (39).

Sir Fitzmaurice écrit à ce sujet (40) : « Le droit, pour certaines parties à un traité, de le modifier ou de le remplacer dans leurs relations mutuelles est l'un des principaux moyens de plus en plus utilisé, à l'heure actuelle, qui permet de modifier l'état de choses résultant d'un traité, d'une façon souhaitable et peut-être nécessaire, lorsqu'il serait impossible, tout au moins au début, d'obtenir l'accord de tous les Etats intéressés. Interdire ce procédé ou le rendre trop difficile à appliquer serait en fait accorder un droit de veto à ce qui pourrait souvent n'être qu'une petite minorité de parties opposées au changement — dans le cadre de nombreux groupes importants de traités qui font partie d'une « série » — dans le cas notamment des conventions postales, relatives aux télécommunications, en matière de propriété industrielle et de droits d'auteurs, à l'aviation civile et de nombreuses autres conventions portant sur des questions maritimes ou d'autres questions techniques. C'est précisément de cette façon qu'on arrive progressivement à faire adopter de nouvelles conventions ».

Certes, le traité demeure valable, en principe, entre les Etats qui ne l'ont pas dénoncé et qui n'ont pas participé à sa révision.

Mais, si la majorité des Etats participants procède à la révision d'un traité multilatéral (et, par là, à sa violation), le traité, qui devient ineffectif, perdra souvent tout intérêt pratique et bientôt

(37) La règle de l'acte contraire s'applique, cf. *Harvard law school-Projet de convention sur les traités*, article 22, *op. cit.* CHAILLEY, *Théorie juridique des traités internationaux. Supplément au répertoire de droit international*, 1934, notamment n°s 266, 276, 279, 280 et 284 : « La règle de droit international élaborée doit, en principe, ici être considérée comme étant en vigueur tant qu'elle n'a pas été régulièrement abrogée, c'est-à-dire abrogée suivant la même procédure que pour son élaboration ».

(38) De nombreux traités multilatéraux contiennent des clauses organisant leur révision majoritaire = c'est le cas par exemple de plusieurs chartes constitutives d'organisations internationales.

(39) De VISSCHER, *Théories et réalités*, *op. cit.*, p. 426. Une étude des précédents montre d'ailleurs que le principe de la révision unanimitaire des conventions n'a jamais été observé rigoureusement. Cf. Edwin HOYT, « *the unanimity rule in the revision of treaties : a reexamination* », 1959.

(40) 3e rapport sur le droit des traités, annuaire 1958, t. II, p. 47.

toute validité entre les Etats de la minorité eux-mêmes (41). La majorité des Etats révisionnistes doit d'ailleurs être appréciée, non seulement d'un simple point de vue numérique, quantitatif, mais aussi d'un point de vue qualitatif, en tenant compte du plus ou moins grand intérêt de ces Etats par rapport au traité, de leur puissance économique et politique, de leur situation géographique, etc.

Devant ces conditions d'effectivité, la règle rigide de la révision unanimitaire, inspirée de la révision des contrats en droit privé, s'efface, avec ses effets paralysants — selon la formule de Philip C. Jessup (42) « *principles drawn from the private law of contracts were seen to have less applicability and to be in need of readaptation or even of abandonment... Notions of effectiveness and of substantial interest came to dominate as territorial and political regime were modified by or under the leadership of the great powers* ».

La révision de type majoritaire des traités multilatéraux illustre clairement la fonction révisionniste de l'effectivité, comme l'a montré Edwin C. Hoyt (43) : « *A distinction is to made between majority which is dictated by the requirement of pratical effectiveness (as where the parties are great powers, or states in a position by the exercise of their territorial sovereignty to frustate any agreement to which they are unwilling to consent) and unanimity which has been dictated by a supposed legal principle where practical effectiveness would not have required it.*

Instances of the latter type have been practically non existent. »

Ainsi apparaît la fonction révisionniste de l'effectivité dans l'invalidation des traités, du fait d'une ou de quelques-unes des parties : un traité rendu ineffectif perd sa force obligatoire.

Mais, si un traité peut être rendu ineffectif par le comportement de certains de ses signataires, la survenance d'une cause étrangère aux parties peut avoir le même effet, et elle produit, comme nous allons le montrer, les mêmes conséquences au plan de la validité.

(41 Cf. en particulier Allen Florence ELLINWOOD, *The treaty as an instrument of legislation*, New York, The Mac Milan C° 1952-14, 16, XXI, 114 p. Lacks MANFIELD, *Le développement et la fonction des traités multilatéraux*, Leyde, 1957, *in* 8°, pp. 229 à 341. Mémoire sur le droit des traités dans la doctrine et la pratique de l'union soviétique. S.L. Nations Unies, 1950, *in* 4° 49 p. 17/CN. 4-37. Ce problème soulève des difficultés analogues à celui des réserves, que nous avons déjà rencontré.

(42) Préface à « *The unanimity rule* », *op. cit.*, p. VI.

(43) *Op. cit.*, p. 81.

§ 4. — La révision des traités pour une « cause étrangère aux parties ».

La survenance de certains événements, d'un changement radical et imprévu dans les circonstances d'exécution d'un traité, peut rendre son exécution très difficile, voire même impossible, pour l'un des Etats parties au traité (44).

Dans le cas d'un traité multilatéral, la survenance de circonstances radicalement nouvelles invoquées par une seule des parties n'aura pas d'effet, en principe, sur la validité du traité à l'égard des autres parties (sauf si la violation qu'entraîne, de la part d'une des parties, la survenance des circonstances nouvelles, porte sur un élément essentiel du traité, comme nous l'avons montré précédemment). Dans les autres hypothèses (traité bilatéral, traité multilatéral, alors que la violation porte sur une clause fondamentale et inséparable de l'ensemble du traité), le traité, inexécuté par l'une des parties, est suspendu ou définitivement privé de sa force obligatoire ; la discussion reste ouverte en doctrine sur ce point. En tout cas, l'inexécution du traité n'est pas, dans ce cas, une violation de celui-ci : il existe une cause d'exonération de toute responsabilité de la partie qui a violé le traité.

Le traité se trouve donc, du fait de la survenance de la cause étrangère aux parties provisoirement ou définitivement invalidé ; quelle explication juridique de ce phénomène peut-on proposer ?

Il convient de remarquer d'abord que, du point de vue juridique, le problème des procédures de constatation de la survenance de la cause étrangère en question passe ici avant le problème de fond, et ce problème de procédure est, en droit positif, dépourvu de solution satisfaisante ; dans l'état actuel du droit international, la prétention d'un Etat de ne plus exécuter un traité en invoquant la survenance de circonstances nouvelles reste essentiellement politique (45).

Malgré le caractère fortement politique de ce problème, il reste bien établi, au fond, que la survenance de certains événements imprévisibles peut autoriser un Etat à suspendre provisoirement — ou définitivement — son exécution d'un traité, et porte atteinte à la positivité ou à la validité de ce traité en ce qui concerne, au moins, cet Etat.

(44) Ce problème ne se pose en pratique que pour les traités dont l'exécution est étendue sur une longue durée.

(45) Cf. Thèse Leca, *op. cit.*, p. 281 et s. Cf. Thèse Boleslaw Navroski, *op. cit.*

Ce principe du droit international est une application du principe d'effectivité : en effet, la survenance des « causes étrangères » en question a pour effet de rendre ineffectif le traité en cause et, par là, de le rendre invalide, comme le montre l'étude de la nature de ces causes étrangères.

Trois théories relatives aux causes étrangères aux parties susceptibles de porter atteinte à la validité d'un traité peuvent être distinguées : celle de la « *clausula rebus sic stantibus* », celle de la force majeure et celle de l'état de nécessité.

Les discussions restent ouvertes en doctrine sur ces différents problèmes ; la pratique internationale est d'un faible intérêt juridique.

La théorie de la « *clausula rebus sic stantibus* » signifie que tous les traités (ou seulement les traités conclus sans limitation de durée, suivant les auteurs) sont conclus sous la réserve d'une clause tacite d'après laquelle il serait entendu que le traité doit être modifié si les circonstances qui ont déterminé sa conclusion viennent à changer et qu'il doit être au besoin abrogé si sa raison d'être a disparu (46).

Mais cette théorie repose sur une fiction, s'il n'est pas établi que certaines circonstances de droit ou de fait ont été envisagées par les parties comme la présupposition des obligations assumées par elles. En dehors de cette hypothèse, cette théorie ne nous paraît pas satisfaisante.

La théorie de la force majeure fait état d'un principe général du droit selon lequel la survenance d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à celui qui l'invoque est de nature à l'exonérer des obligations juridiques que cet événement l'empêche d'exécuter (47). Si l'événement de force majeure vient à disparaître,

(46) G. Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités*, *op. cit.*, p. 15. Sir Gerald Fitzmaurice énonce la théorie de la clause rebus dans les termes suivants (2e rapport sur le droit des traités, 15 mars 1957, A/CN/4/107, art. 21) : « Dans le cas des traités qui ne sont soumis à aucune disposition expresse ou tacite quant à leur durée, un changement fondamental et imprévu des circonstances qui existaient lors de la conclusion du traité, et dont on peut prouver que les deux parties ont tenu compte pour conclure le traité, peut donner le droit à une partie de suspendre toute nouvelle exécution de ses obligations en vertu du traité, en attendant sa révision par voie d'accord entre les parties, un accord mutuel d'abrogation ou une décision arbitrale ou judiciaire le déclarant caduc du fait d'un changement de circonstances ».

(47) Les auteurs s'opposent sur la nature de cet événement, sur sa gravité ; certains, dans le but de maintenir solidement le principe *pacta sunt* vont jusqu'à soutenir que l'événement en question doit correspondre à la disparition d'une des parties au traité ou du traité lui-même. Cf. Hackworth, Digest, *op. cit.*, p. 356 et suite. De Haussy, *Juris Classeur*, *op. cit.*, *Fasc.* 120, p. 35.

les obligations, simplement suspendues, revivent intégralement (mais cette précision a un faible intérêt pratique). La notion de force majeure, utilisée en droit positif dans les clauses de certaines conventions, est singulièrement élargie dans le domaine des conventions économiques où elle recouvre « les troubles fondamentaux et persistants, les difficultés graves » que pourrait entraîner pour un Etat l'exécution de ses obligations conventionnelles dans certaines circonstances (48).

Par là, elle rejoint la notion d'état de nécessité ; mais elle en reste distincte, en principe, en ce que la force majeure a un caractère strictement objectif, tandis que l'état de nécessité « implique une certaine liberté, en ce sens que celui qui s'en prévaut estime, par un choix limité, sans doute, mais néanmoins conscient et raisonné, pouvoir préférer ses intérêts propres au respect du droit d'autrui » (49).

Nous ne poursuivrons pas dans le détail une recherche des définitions de chacune de ces causes étrangères aux parties ; on ne peut, en effet, se mettre d'accord que sur des données extrêmement vagues : il faut que le changement qui résulte de la « cause étrangère » soit assez considérable pour que les stipulations primitives soient réellement incompatibles avec l'état de choses nouveau. Mais à quel degré s'arrêter ? En l'absence de procédures organisées permettant l'utilisation de critères objectifs, c'est par des considérations d'ordre politique que ces problèmes sont tranchés. Il est plus important, à notre point de vue, de constater qu'en définitive, ces causes étrangères ont entre elles un point commun essentiel : leur survenance rend objectivement le traité inapplicable pour l'un au moins de ses signataires ; pour celui-ci, le traité devient totalement ineffectif et, du même coup, il perd sa validité, sa force obligatoire, à l'égard de cette partie au moins : en effet, sa responsabilité n'est pas engagée du fait de l'inexécution et l'obligation d'exécuter le traité est suspendu également tant que la cause étrangère invoquée subsiste.

(48) Cf. sentence du 11 novembre 1912. BASDEVANT, *Règles générales, op. cit.*, pp. 555-556.

(49) Ch. de VISSCHER, *Théories et Réalités, op. cit.*, p. 339. La définition de l' « état de nécessité » prête elle-même à controverses ; on peut proposer la suivante : « une situation dans laquelle un Etat est menacé d'un grave danger actuel ou imminent susceptible de mettre en question son existence, son statut territorial, son gouvernement ou sa forme même, voire d'anéantir son indépendance ou sa capacité d'agir internationalement ». Cf. K. STRUPP, *Eléments de droit international universel, européen et américain* ; cf. aussi H. KRAUSS, *Revision of the peace treaties ex aequo et bono.* New Commonwealh quaterly, 1935, p. 33. ANTONESCO, *Qu'est-ce que la révision des traités internationaux ?* Rivista de drept publico, 1937, p. 240.

L'explication de cette invalidation provisoire ou définitive du traité nous paraît résider dans le principe d'effectivité plutôt que dans un recours à l'intention réelle ou présumée des Etats contractants.

Comme l'a très justement montré le professeur Basdevant, c'est la discordance objective entre le traité et les conditions de fait nouvelles que le changement survenu a fait naître, qui explique la caducité des obligations conventionnelles et la nécessité de leur réadaptation (50).

Malgré l'extrême confusion qui s'attache, en pratique comme en doctrine, au problème de l'invalidation des traités en raison de la survenance d'une cause étrangère aux parties, il est donc possible d'affirmer, nous semble-t-il, que le principe d'effectivité joue ici le rôle que nous avons précédemment décrit : un traité devenu ineffectif devient invalide, perd sa force obligatoire (au moins en ce qui concerne l'Etat à l'égard duquel il est devenu ineffectif).

Au terme de cette étude sur l'invalidité des titres juridiques ineffectifs, nous pouvons donc conclure que le principe d'effectivité manifeste sa fonction révisionniste dans les différents domaines du droit international d'une manière radicale, puisque le maintien de la validité d'un titre dépend, en définitive, de son effectivité.

Mais la fonction révisionniste de l'effectivité apparaît encore dans le règlement des conflits de titres juridiques : les relations du droit et du fait y sont nettement apparentes ; la soumission du droit international au principe d'effectivité y est manifeste.

(50) J. Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, *op. cit.*, pp. 653-654.

CHAPITRE III

Les conflits de titres juridiques

Dans un ordre juridique hiérarchisé, les conflits de titres juridiques sont normalement tranchés en application du principe de légalité : la hiérarchie des règles juridiques, d'une part, l'effectivité globale de l'ordre juridique, d'autre part, permettent de régler ces litiges à partir de critères formels.

Dans l'ordre international, au contraire, les conflits de titres juridiques sont souvent réglés en application du principe d'effectivité.

Le titre dont l'effectivité est établie de manière durable tend progressivement à affermir sa validité et à prévaloir sur le titre dont l'effectivité n'est pas maintenue ou assurée.

Ainsi, l'effectivité, en fondant la validité des titres en présence et en entraînant, par conséquent, l'invalidation de l'autre titre, manifeste-t-elle sa fonction révisionniste, comme nous le montrerons à propos des conflits de compétence et à propos des traités incompatibles.

Section I

LES CONFLITS DE COMPETENCES

Il arrive que deux Etats prétendent exercer valablement des compétences concurrentes et incompatibles ; deux Etats peuvent, par exemple, revendiquer l'exercice des compétences territoriales sur une même région.

Le conflit de compétences qui est ainsi noué est tranché, en droit international (en l'absence de convention entre les Etats

parties au litige), en application du principe d'effectivité : c'est le titre le plus effectif qui tend à être déclaré valable.

C'est ce que montre l'étude du conflit des compétences qui peut être menée en distinguant les trois domaines des compétences étatiques : le domaine gouvernemental, le domaine personnel et le domaine territorial.

§ 1. — Les conflits de compétences gouvernementales.

Nous désignons par l'expression « conflit de compétences gouvernementales » l'hypothèse dans laquelle deux autorités prétendent concurremment exercer valablement les compétences gouvernementales dans un Etat donné ; pratiquement, cette hypothèse recouvre tous les cas où une organisation gouvernementale établie voit son autorité contestée par un mouvement insurrectionnel qui aspire à se substituer à elle (1).

La validité internationale des compétences du gouvernement légal se trouve alors menacée au plan de la légitimité : l'organisation rebelle, si elle manifeste son opposition et sa résistance avec une certaine effectivité, ébranle, par les atteintes qu'elle porte à cette légitimité, la validité même du gouvernement en cause, sur le plan international. D'autre part, si les insurgés établissent effectivement une organisation gouvernementale, quelle sera la validité de leurs compétences au regard du droit international ?

Le conflit est réglé par le droit international en application du principe général d'effectivité (2). Chacun des deux organismes gouvernementaux en présence exerce valablement les compétences qu'il détient effectivement, et le conflit est réglé par l'établissement définitif de l'effectivité de l'un des deux « gouvernements » en présence.

Cette règle s'applique d'abord dans les rapports mutuels des deux organismes concurrents : c'est ainsi que, dans les rapports entre les insurgés et leur Etat d'origine, les règles du droit de

(1) Cf. Philip C. Jessup, *The spanish Revolution and International law. Foreign affairs*, 1937, p. 270. H.A. Smith, *Some problems of the spanish civil war. British year Book*, 1937, p. 17. Hans Welberg, *La guerre civile et le droit international*, R.C.A.D.I., vol. 63, 1938, 101-102. Rousseau, *La non-intervention en Espagne*, R.D..IL.C., 1938, 217, 473, 700. Arnold Raestad, *Guerre civile et droit international*, R.D.I.L.C., 1939, p. 809. Norman J. Padelford, *International law and the civil spanish war, ibid.*, 1939, p. 578.

(2) On peut rappeler par analogie la règle qui autorise les commandants militaires à passer, en temps de guerre, certaines conventions (armistices, trèves, capitulations, etc.) sur le sort des forces armées qui relèvent de leurs commandement effectif.

la guerre doivent être, en principe, appliquées si la rébellion prend la forme d'une guerre au sens matériel, si les insurgés exercent effectivement des compétences de belligérants. Cette règle est d'une mise en œuvre d'autant plus difficile que la guerre est aujourd'hui malaisément définissable : la symbiose réalisée entre les guerres civiles et les guerres internationales rend leur distinction difficile (3).

De même, dans les rapports entre les deux parties en lutte et les Etats tiers, les règles de droit international de la guerre seront applicables si le conflit revêt les caractères d'une guerre : les insurgés pourront ainsi exercer valablement le droit de blocus, le droit de prise en haute mer, et les Etats tiers pourront, s'ils le désirent, invoquer le statut de neutralité dans leurs rapports avec les belligérants.

Mais les conséquences du principe d'effectivité sont plus nettes dans les relations de chacun des antagonistes avec les Etats tiers : ceux-ci se voient opposer valablement l'exercice des compétences effectivement détenues par chacun des adversaires, indépendamment de toute reconnaissance.

Le conflit est donc réglé, en droit international, par le principe d'effectivité ; les reconnaissances effectuées par les Etats tiers de l'un des titres en question (reconnaissance de nation, d'insurgés, de belligérants, etc.) n'ont pas pour effet de constituer la validité de l'un de ces titres : elles n'ont qu'un effet purement déclaratif. C'est ce qu'a affirmé notamment la Commission mixte Etats-Unis/Mexique, dans l'affaire Luculla. Les Etats-Unis avaient reconnu le gouvernement fantoche de Zulvaga, constitué à Mexico en 1857, pendant une brève période, tandis que le gouvernement légal et effectif de Juarez se maintenait dans l'ensemble du pays. Luculla, citoyen américain, demandait au gouvernement du Mexique le remboursement d'un prêt important qu'il avait consenti à certains partisans du prétendu gouvernement Zulvaga. La Commission mixte, saisie de cette réclamation, débouta Luculla de sa demande, en déclarant avec raison que le simple fait de la reconnaissance d'un gouvernement ineffectif par les EtatsUnis ne saurait lier le Mexique. La Commission a notamment affirmé que « la reconnaissance est basée sur le fait préexistant, elle ne crée pas le fait ; si celui-ci n'existe pas la reconnaissance est falsifiée » (4). Les reconnaissances sont toujours commandées par des considérations politiques ; mais, juridiquement, elles devraient être exactement adaptées à

(3) Cf. R.J. Dupuy, *L'affaire libanaise, op. cit.*, p. 453.
(4) Luculla c. Mexique, Moore, International arbitrations, III, p. 2873.

l'effectivité du titre reconnu (5). C'est ce que décidait l'Institut de droit international, dans l'avis émis en 1936 à la session de Bruxelles (6) : « Même à défaut de reconnaissance, les effets extra-territoriaux des actes d'un gouvernement de fait doivent être admis par les juridictions et administrations compétentes, en considérant notamment le caractère réel du pouvoir exercé par le gouvernement ».

La jurisprudence internationale et celle des tribunaux internes considèrent que c'est la législation du « gouvernement » effectif qui doit être appliquée dans chaque cas particulier (7).

Enfin, c'est le gouvernement de fait qui est considéré comme responsable des dommages qu'il occasionne aux ressortissants étrangers, dans la mesure où ces dommages se sont produits dans le territoire où il exerce effectivement ses pouvoirs (8).

Le gouvernement légal est irresponsable des actes accomplis par un gouvernement insurgé, dont l'effectivité est établie localement.

C'est ainsi, par exemple, que les Etats-Unis ont été considérés comme irresponsables des dommages causés à des étrangers dans les régions contrôlées par les Confédérés pendant la guerre de Sécession (9).

A plus forte raison le gouvernement légal est il déclaré irresponsable de l'exécution des contrats qu'aurait pu conclure un gouvernement insurgé (10).

Ainsi, la responsabilité du gouvernement légal pour les actes commis par des insurgés n'est engagée que dans la limite où il avait effectivement la possibilité de les contrôler.

Chacun des « titres » en conflit produit donc des effets juridiques opposables aux tiers dans la mesure de son effectivité.

Le gouvernement américain a fait, pendant la deuxième guerre mondiale, une application de cette théorie, en mettant en œuvre

(5) Par ces reconnaisances « mineures » les Etats tiers accomplissent en réalité un acte complexe : ils reconnaissent l'effectivité limitée du titre en cause ; ils affirment leur conviction que cette effectivité se consolidera ; ils marquent leur intention de contribuer à la consolidation de cette effectivité (et par là de faire pression sur l'issue du conflit).

(6) Annuaire de l'Institut de droit international, t. 39, session de Bruxelles, vol. II, p. 305.

(7) Thèse Charpentier, *op. cit.*, p. 95 et s. et les espèces rapportées.

(8) « L'étendue de la responsabilité d'un Etat varie suivant le degré d'effectivité de son contrôle », Ch. de VISSCHER, *Théories...*, *op. cit.*, p. 41 et s. et les espèces rapportées.

(9) Commission mixte américano-mexicaine, Moore, International arbitrations. Affaire *Prats*, 1886. Commission américano-britannique. Affaire *Hanna*, *idem.*, 2982.

(10) Affaire *Barret*, com. mixte U.S.A. Grande-Bretagne, Moore 2900. Stückle com. mixte américano-mexicaine, *idem.*, 2935.

la politique dite des « autorités locales » ; un communiqué du 1er mars 1942 du gouvernement des Etats-Unis déclarait que « dans leurs relations avec les autorités locales des territoires français (d'outre-mer), les Etats-Unis, guidés par l'efficacité évidente avec laquelle ces autorités s'efforcent de protéger leurs territoires de la domination et du contrôle de l'ennemi commun... décident que... c'est avec ces autorités locales qui ont le *contrôle effectif* des territoires français dans le Pacifique que le gouvernement a traité et continuera à traiter ».

Comme on l'a dit, « la politique des autorités locales confirme parfaitement le rôle du fait comme condition nécessaire de l'opposabilité des compétences des gouvernements » (11).

Ceci se manifeste, par exemple, dans l'hypothèse où l'un des deux gouvernements en présence ne dispose d'aucune assise territoriale ; le territoire étant un élément constitutif de l'Etat, il semble que, dans ces conditions, aucune compétence proprement étatique ne saurait être exercée valablement par ce prétendu gouvernement.

C'est ce qu'a décidé l'Institut de droit international, lors de sa session du Neuchâtel, le 8 septembre 1900 (12) : « Les tierces puissances ne peuvent reconnaître au parti révolté la qualité de belligérant :

1° s'il n'a pas conquis une existence territoriale distincte par la possession d'une partie déterminée du territoire national ;

2° s'il n'a pas réuni les éléments d'un gouvernement régulier exerçant en fait, sur cette partie du territoire, les droits apparents de la souveraineté ;

3° si la lutte n'est pas conduite en son nom par des troupes organisées soumises à la discipline militaire et se conformant aux lois et disciplines de la guerre. »

Mais le droit international est, à ce sujet, plus nuancé, semble-t-il ; il apparaît, en effet, que *l'effectivité de la résistance* menée contre le gouvernement légal dans un territoire donné, a des conséquences juridiques sur le plan international, même si cette résistance n'aboutit pas à établir une assise territoriale au profit du gouvernement insurgé (13). L'effectivité de la résistance s'oppose

(11) CHARPENTIER, Thèse, p. 170.

(12) Institut de droit international. Tableau général des résolutions, 1957, p. 173.

(13) Cf. KELSEN, *Principles of international law*, *op. cit.*, p. 290. Cf. également la reconnaissance comme nations par les puissances alliées de la Pologne et de la Tchécoslovaquie, avant même que les dirigeants de la collectivité insurrectionnelle aient pu acquérir sur le territoire une quelconque effectivité.

à l'effectivité du gouvernement légal : un partage de compétences s'opère entre les deux gouvernements

Certes, les compétences internationales dont sont investis les représentants de pareils mouvements insurrectionnels dépendent, dans une large part, des reconnaissances dont ils peuvent faire l'objet de la part des Etats tiers ; et ces reconnaissances sont fortement marquées par des considérations politiques qui permettent de contester leur validité juridique. Il n'en demeure pas moins cependant qu'un « gouvernement », en exil, qui représente une résistance effective au gouvernement légal, dispose de compétences internationales valables, à proportion de l'effectivité de la résistance elle-même. Les agents à l'étranger de ces gouvernements pourront bénéficier d'immunités diplomatiques ; ils seront compétents pour administrer les ressortissants et les biens nationaux situés à l'étranger, pour conclure des accords internationaux (toutes ces compétences ne peuvent d'ailleurs être exercées en pratique qu'auprès des Etats qui ont reconnu, au moins « *de facto* », ces « gouvernements »).

Si la résistance cesse, ces compétences tombent : par exemple, les gouvernements en exil des Etats baltes (qui sont, aujourd'hui enrore, reconnus par certains Etats) n'exercent plus aucune compétence internationale car ils ne représentent plus aucune résistance effective (14).

Un gouvernement qui ne détient aucun pouvoir effectif disparaît juridiquement devant le gouvernement effectif.

On a vu les efforts déployés par le F.L.N. puis par le G.P.R.A., pour parvenir à exercer territorialement des compétences étatiques en Algérie ; c'est à cette condition, en effet, que le G.P.R.A. aurait pu accéder à la vie juridique internationale (15). L'inefficacité des gouvernements, même reconnus, fait, en effet, obstacle à l'investiture de leurs compétences.

Ainsi, le droit international règle-t-il le conflit entre titres juridiques dont la validité et l'effectivité sont incertaines, en accordant à chacun des titres en présence une validité, « à la mesure »

(14) Cf. Thèse Flory, *op. cit.* Cf. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 172.

(15) Cf. J. CHARPENTIER, *La reconnaissance du G.P.R.A.*, *A.F.D.I.*, 1959, pp. 799 et 816. FLORY, *Algérie et droit international A.F.D.I.*, 1959, pp. 817 à 844. S. BASTID, *Le dossier algérien revient devant l'O.N.U. Le monde diplomatique*, octobre 1959, p. 5. Cf. également Mohamed BEDJAOUI, *La révolution algérienne et le droit*, Editions de l'Association Internationale des Juristes démocrates, 1961, et commentaire de cet ouvrage par M. FLORY, A.F.D.I., 1961, p. 1058.

de son effectivité, qui lui correspond aussi exactement que possible (16).

Et le conflit tend à être résolu par une adéquation aussi parfaite et durable que possible entre l'effectivité et la validité de chacun des deux titres en présence : ou bien, l'un des deux titres seulement, conserve une effectivité qui, n'étant plus combattue, se stabilise durablement : dans ce cas, le titre effectif l'emporte définitivement et sa validité devient certaine (victoire d'une insurrection sur un gouvernement légal), ou bien un *statu quo* s'établit ; les deux titres coexistent, leur validité étant à la mesure de leur effectivité : c'est ainsi que les territoires de la Chine, de la Corée, de l'Indochine, de l'Allemagne, etc., sont durablement divisés et soumis à des gouvernements distincts et effectifs : au regard du droit international, les prétentions d'un des gouvernements à représenter l'ensemble du pays ne sont pas justifiées ; les compétences de chaque gouvernement sont, en effet, limitées territorialement, selon le principe d'effectivité.

Les relations qui peuvent s'établir entre les deux gouvernements sont d'ailleurs réglées par le droit international (et non par un droit interne qui n'existe pas) (17).

Ainsi l'effectivité, qui permet de trancher les conflits de compétences gouvernementales, manifeste sa fonction révisionniste en entraînant la disparition de l'organisme gouvernemental ineffectif et la consolidation, au plan de la validité même, de l'organisme effectif.

L'étude du conflit des compétences personnelles permet la même conclusion.

§ 2. — Les conflits de compétences personnelles.

Le droit international délègue aux Etats le soin d'édicter les normes délimitant leurs compétences personnelles ; chaque Etat

(16) Comme le consate M. P. Reuter, « La pratique internationale admet parfaitement que les effets de l'existence d'un gouvernement ou d'un Etat soient divisibles », Institutions, *op. cit.*, p. 201.

(17) Cf. Strauss, *The division and dismenbrement of germany from the Casablanca conference* (*Jaramy* 1943) *to the establishment of the East German Républic* (october 1948), Thèse Genève, 1952. La Suisse et l'Inde notamment, ont à l'égard des deux Allemagnes une position juridiquement exacte : elles considèrent que l'Allemagne, qui demeure dans son entier un sujet du droit international est soumise à l'autorité de deux gouvernements régionaux ; elles considèrent que les traités signés par les précédents gouvernements allemands demeurent ainsi en vigueur et lient les gouvernements Est et Ouest Allemands. Cf. Tribunal Fédéral Suisse A.T.P., vol. 78 I, pp. 124, 131-34 du 4 juin 1952, Laudis et Gyr, A.G.C. W. Joen, *and Co et Justiz Kommission des Kantons Zug.* Cf. annuaire Suisse, t. VIII, 1951, p. 159. Rapport du Conseil Fédéral Suisse sur sa gestion.

définit ainsi les conditions d'attribution de sa nationalité. Le lien de nationalité qui est, en principe, relatif aux individus et, par extension, aux sujets de droit, a été, par commodité, appliqué (non sans de nombreuses discussions doctrinales d'ailleurs) à certaines entités, telles que les navires ou les aéronefs, en raison de l'autonomie et de l'exterritorialité de ces objets.

Cependant, les Etats ne sont pas absolument libres dans la délimitation de leurs compétences personnelles ; la Convention du 9 avril 1930, adoptée par la Conférence pour la codification du droit international, dispose, dans son article premier, que la loi édictée par chaque Etat pour la détermination de ses nationaux ne s'impose aux autres Etats que si elle est conforme « aux conventions internationales, à la coutume internationale, aux principes généraux du droit » (18). Mais la Convention s'est abstenue de définir des critères de règlement des conflits qui peuvent naître dans ce domaine entre deux Etats ; or, il apparaît que ces conflits sont tranchés en application du principe général d'effectivité. C'est le titre le plus effectif qui l'emporte. Ainsi, l'effectivité manifeste ici sa fonction révisionniste, puisqu'elle permet d'invalider un titre juridique et qu'elle entraîne, par conséquent, la modification, la révision d'une situation juridique.

C'est ce que montre une étude du droit international positif sur les conflits de titres relatifs à la nationalité des sujets de droit proprement dits, puis sur les conflits relatifs à la nationalité des navires, aéronefs et engins atmosphériques.

A. — La détermination de la nationalité des sujets de droit.

L'étude du droit positif montre que le lien de la nationalité qui unit un individu ou une personne morale à un Etat donné, déterminé par l'Etat en cause, est opposable aux autres Etats et aux autres sujets du droit international à la condition d'être effectif.

1° *L'effectivité et la nationalité des individus.*

Selon le droit positif, chaque Etat définit lui-même ses nationaux ; l'article premier de la Convention de La Haye précisait à ce sujet : « Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être

(18) Publications de la S.D.N. conférence pour la codification du droit international, t. I, « Nationalité ».

admise par les autres Etats pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume et les principes généraux du droit, généralement reconnus en matière de nationalité » (19).

La C.I.J. a affirmé elle aussi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, comprises dans le domaine réservé » (20) et que « d'une manière générale un Etat souverain a le droit de déterminer quelles personnes sont considérées comme ses nationaux » (21).

Cependant, cette liberté des Etats n'est ni générale, ni absolue: elle s'exerce dans le cadre fixé par le droit international.

Certes, en l'état actuel du droit international positif, l'ordre international est incapable de faire respecter par les Etats des règles juridiques déterminant, dans l'ordre interne de chaque Etat, les conditions d'attribution de la nationalité.

Mais, sur le plan international, la nationalité est soumise au droit international dont les règles permettent de trancher les problèmes de double nationalité ou de déterminer les conditions d'exercice de la protection diplomatique : ces règles sont une application du principe d'effectivité.

De longue date, en effet, les juridictions internationales, amenées à choisir entre deux nationalités régulièrement attribuées au regard du droit interne, ont décidé que la nationalité valable était celle qui reposait sur un lien substantiel ou effectif. Cette doctrine de la nationalité effective est aujourd'hui définitivement acquise dans le domaine des conflits de nationalité (22).

Les arbitrages vénézuéliens, étudiés par J. Basdevant, la jurisprudence de la Cour permanente d'arbitrage, celle des Tribunaux arbitraux mixtes, font application de cette théorie, qui met en œuvre le principe d'effectivité (23). Cette règle, dégagée par la

(19) Documents S.D.N., C. 224, M. III, 1930, V. p. 81.

(20) Publications de la Cour, série 3, n° 4.

(21) *Idem.*, n° 7.

(22) Cf. notamment sur ce point J. Maury, Du conflit de nationalité et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises, in *La technique et les principes du droit public*, t. 1, p. 365. Brochard E.M., *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims, New York, the Bank law pub. cy* 1922-1928. *Marjorie Whiteman, Damages in international law*, 3 vol. *Washington government printing office*, 1943.

(23) Cf. J. Basdevant, *Les conflits de nationalité dans les arbitrages vénézuéliens*, Rev. dr. int. pr., 1909, p. 41. Affaire *Canevaro*, C.P.A., Journ. dr. int. pr. (Clunet), 1922, p. 317. De Boeck, *La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire Canevaro*, R.G.D.I.P., 1913.317. Witemburg, Rev. dr. int. pr., 1928.416. Une exception, d'ailleurs critiquée, à cette jurisprudence unanime, doit être signalée : c'est la sentence rendue le 8 juin 1932 par le tribunal egypto-américain dans l'affaire *Salem*, Rev. dr. intern. Paris, 1933.XI, p. 761 et s., Maury, Mélanges G. Scelle, t. 1, p. 376.

jurisprudence, est d'ailleurs conforme à la pratique généralement suivie par les Etats ; dans l'attribution de leur nationalité, ceux-ci tiennent compte habituellement du rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui lui octroie sa nationalité.

Cette règle de la nationalité a eu, jusqu'à une date récente, un domaine d'application limité : il était, en effet, admis que la protection diplomatique ne peut être exercée au profit d'un individu qui possède à la fois la nationalité de l'Etat demandeur et celle de l'Etat défendeur. Selon certains auteurs, cette règle ne devait toutefois être admise que lorsqu'il est établi que l'individu est « effectivement » considéré et traité comme un national par chacun des deux Etats en cause (24).

Cet état du droit positif pouvait être critiqué: l'ordre international ne devait-il pas étendre son contrôle des conditions d'attribution de la nationalité à toutes les hypothèses où la nationalité est invoquée par un Etat pour fonder l'exercice d'une compétence de souveraineté externe ? Le principe de la nationalité effective ne devait-il pas s'appliquer dans tous les cas ?

La Cour de Justice a ouvert la voie à une extension du champ d'application du principe de la nationalité dans l'arrêt du 6 avril 1955 rendu dans l'affaire Nottebohm.

F. Nottebohm, sujet allemand, né à Hambourg le 16 septembre 1881, se rend, en 1905, au Guatemala, y établit son domicile et le siège de ses affaires, extrêmement importantes; une partie de sa famille demeure en Allemagne ; certains de ses parents s'installent au Guatemala et s'y font naturaliser ; au printemps 1939, Nottebohm, redoutant les conséquences que pouvait entraîner pour ses affaires sa qualité de sujet allemand, se rend au Liechtenstein, Etat neutre, dont il obtient assez facilement le nationalité (25).

De retour au Guatemala, Nottebohm est arrêté, sur les instances du gouvernement des Etats-Unis, par les autorités guatémaltèques (le nom de Nottebohm ayant été porté sur la liste noire adressée aux Etats-Unis en exécution de la politique générale d'interruption des relations commerciales avec l'Allemagne) ; il est déporté et interné aux Etats-Unis, sans jugement ni enquête contradictoire, pendant deux ans et trois mois. Pendant cette période tous ses biens sont saisis, confisqués ou vendus par l'administration guatémaltèque. A

(24) VERZIJL, *La réparation des dommages causés aux étrangers par des mouvements révolutionnaires*, Jurisprudence de la commission franco- mexicaine des réclamations, 1924-1932, Paris, Pedone.

(25) NOTTEBOHM fut dispensé de la condition de domicile, acquitta les taxes afférentes à cette dispense, obtint le privilège de bourgeoisie de la cité de Mauren et put, dans ces conditions être naturalisé par le Prince régnant du Lichtenstein le 13 octobre 1939.

sa libération, Nottebohm entreprit vainement plusieurs dizaines de procédures devant les juridictions du Guatemala pour obtenir restitution et dédommagement ; il obtint enfin le bénéfice du jeu de la protection diplomatique du Liechtenstein, qui déposât, en 1951, une requête devant la C.I.J. contre le Guatemala, soutenant que celui-ci avait agi envers Nottebohm contrairement aux règles du droit international et réclamant son indemnisation (26).

Le Liechtenstein, soulignant « qu'il n'existe pas de règles de droit des gens prescrivant aux Etats les conditions et le mode d'attribution de leur nationalité aux individus, et que chaque Etat est, dans ce domaine, seul maître de ses décisions », demandait à la Cour de dire « que la naturalisation de Nottebohm... n'était pas contraire au droit international... et que la réclamation du Liechtenstein pour le compte de Nottebohm comme ressortissant du Liechtenstein était recevable devant la Cour ».

L'originalité de l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire réside en ce que la théorie de la nationalité effective a trouvé à s'appliquer en dehors d'une hypothèse de double nationalité : ce conflit n'existait pas en l'espèce puisque la perte de la nationalité allemande par Nottebohm paraissait bien établie en fait.

La question à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir si le Liechtenstein avait accordé valablement sa nationalité à Nottebohm au regard des règles du droit des gens relatives à l'opposabilité de la nationalité en matière diplomatique (27).

Pour décider si la nationalité invoquée par l'Etat demandeur était opposable au Guatemala, la Cour a d'abord recherché si le Guatemala n'avait pas reconnu la régularité du titre du gouvernement du Liechtenstein. En effet, l'octroi, même irrégulier, de la nationalité aurait pu, sans doute, servir de fondement à l'exercice de la protection diplomatique, s'il avait été établi que l'Etat défendeur avait, en pleine connaissance de cause, expressément reconnu cette nationalité.

Après avoir constaté que le Guatemala n'avait pas reconnu la nationalité accordée par le Liechtenstein à Nottebohm, la Cour a cherché à établir l'existence d'une coutume internationale dont le respect s'imposerait pour que l'existence du lien de nationalité donne un titre à l'exercice de la protection diplomatique.

La Cour a reconnu l'existence de cette règle juridique : le lien de nationalité produit ses pleins effets, il est opposable aux tiers, à condition d'être effectif.

(26) Cf. arrêt de la C.I.J., 18 novembre 1953 (exception préliminaire), rec. 1953, p. III, c. arrêt du 6 avril 1955 (fonds), rec. 1955, p. 4.

(27) Arrêt p. 20.

On peut lire, à ce sujet, dans l'arrêt, la formule suivante (p. 23) : « Selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires, et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique, ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs... Conférée par un Etat, elle ne lui donne droit à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction, en termes juridiques, de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national » (28).

La Cour, ayant relevé que les liens de Nottebohm avec le Liechtenstein étaient extrêmement ténus (pas de résidence prolongée au moment de la naturalisation, aucune intention de s'y fixer, aucune allégation d'intérêts économiques ou d'activités à exercer au Liechtenstein), a rejeté la demande du Liechtenstein (29).

Cet arrêt a été très critiqué en doctrine (30) ; mais l'autorité qui s'attache aux décisions de la Cour permet de penser que les principes dont s'est inspirée la Haute Juridiction exerceront une influence décisive sur l'ensemble de la matière (31).

La sentence rendue par la Commission de conciliation italo-américaine, le 10 juin 1955, entre les Etats-Unis et la République italienne (affaire dame Florence Mergi) se réfère d'ailleurs expli-

(28) La Cour a également précisé qu'un Etat ne peut prétendre opposer valablement ses règles de nationalité à un autre Etat que « s'il s'est conformé à ce but d'intérêt général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats ».

(29) Cf. Suzanne Bastid, *L'affaire Nottebohm devant la C.I.J.*, Revue critique de droit international privé, 1954, n° 4, pp. 101 à 633. « L'examen des faits de la cause a conduit la Cour à constater « d'une part l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein, d'autre part l'existence d'un lien ancien et étroit entre lui et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'a aucunement affaibli. Cette nationalité ne repose pas sur un rattachement réel au Liechtenstein qui lui soit antérieur et elle n'a rien changé au genre de vie de celui à qui elle a été conférée. Sous ces deux aspects, elle manque de la sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un Etat se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité ».

(30) Cf. Makarov, *Zeitschrifft für auslandisches öffentliches Recht und Volkerrecht* 1956, p. 407 et s. Seidl Hohenveldern, *Recht der internatioalen wirtshaft* 1955, p. 147. *Lövenfeld Archiv der Volkerrechts* 1956, p. 377. Mervyn Jones, *The international and comparative law quaterly* 1956, p. 230. M. Gravitz, *A.F.D.I.*, 1955, p. 262. *Verzijl Nederlands Jidjsohrift* 1956, p. 34. P. de Visscher, *R.G.D.I.P.*, 1956, p. 243.

(31) Cf. Mme Suzanne Bastid, *op. cit.*, p. 613. P. Reuter, *Droit international public, op. cit.*, p. 163.

citement à l'arrêt Nottebohm (32) et on peut lire, dans cette sentence que : « le principe fondé sur l'égalité souveraine des Etats, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder devant celui *de la nationalité effective*, toutes les fois que cette nationalité est celle de l'Etat requérant, mais il ne doit pas céder quand une telle prédominance n'est pas prouvée... Le gouvernement des Etats-Unis est en droit de protéger ses nationaux toutes les fois que la nationalité américaine est la nationalité effective ». Selon la Commission la résidence habituelle n'est pas le seul critère d'une nationalité effective ; le comportement dans la vie économique, sociale, politique ou familiale doit également être considéré (33) ; ainsi les conditions de la détermination de la nationalité se trouvent bien fixées en l'Etat actuel du droit positif : chaque Etat est libre de fixer les conditions d'attribution de sa nationalité ; mais le lien juridique de la nationalité n'est pris en considération par le droit international que s'il exprime un lien effectif.

On peut remarquer ici que l'effectivité a une dimension psychologique ; l'effectivité prise en considération par le droit international ne consiste pas seulement en certains faits matériels, mais aussi en certaines réalités psychologiques.

En somme, tout conflit de compétences personnelles entre deux Etats est tranché en fonction du principe d'effectivité ; le titre le plus effectif prévaut, il est seul considéré valable, tandis que le titre le moins effectif (ou ineffectif) est invalidé. L'effectivité accomplit donc bien, dans ce domaine, sa fonction révisionniste, puisqu'elle fonde une modification apportée à l'ordre international. Et le rôle de l'effectivité dans la détermination de la personnalité des personnes morales est tout aussi important que dans le cas des individus.

2° *L'effectivité et la « nationalité » des personnes morales.*

Les personnes morales ont une activité autonome ; elles sont susceptibles d'être affrontées à certains problèmes d'exterritorialité;

(32) Cf. *Rivisto di diritto internazionale*, 1956, p. 88 (pour le texte de la sentence) et D.H. VIGNES, *A.F.D.I.*, 1959, pp. 430 à 435 (commentaire).

(33) Par exemple, la sentence relève que la nationalité américaine doit prévaloir pour des enfants nés aux Etats-Unis d'un père Italien, mais qui vivent aux Etats-Unis ; même solution pour des Italiens qui, après avoir été naturalisés américains, ont retrouvé la nationalité italienne parce qu'ils ont séjourné plus de deux ans en Italie mais qui n'entendent pas y fixer leur domicile permanent ; pour les femmes d'origine américaine devenues italiennes par mariage, si le ménage réside aux Etats-Unis où il a le siège de ses intérêts, ou encore si l'époux y travaille ; de même après dissolution d'un mariage on examinera où le survivant est établi, s'il a déménagé sans esprit de retour, laquelle des deux éducations il a donné à son enfant.

aussi, par une analogie facile, a-t-il paru possible de leur appliquer la notion de nationalité.

La nationalité d'une personne morale serait le lien juridique la rattachant à un Etat donné.

Mais le problème paraît complexe dès l'abord : une personne morale peut avoir des liens juridiques avec plusieurs Etats : elle peut notamment être rattachée à un Etat parce qu'elle a son siège sur le territoire de cet Etat, et à un autre Etat parce que toutes les personnes physiques, membres de la personne morale en question, sont des ressortissants de cet Etat.

Il est donc apparu nécessaire d'établir une distinction entre deux notions : celle d'allégeance juridique et celle d'allégeance politique des personnes morales qui sont plus précises que la notion ambiguë de nationalité. Cette distinction est aujourd'hui reçue par la doctrine et bien établie en droit international positif.

L'allégeance juridique d'une personne morale est déterminée par le lieu de son siège ou de son enregistrement ; le lien de l'allégeance juridique permet de déterminer la législation applicable à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution de la personne morale et, plus généralement, à l'ensemble des rapports entre ces membres.

La détermination du lien de l'allégeance juridique ne pose donc aucun problème particulier en droit international.

Au contraire, la détermination de l'allégeance politique pose un problème délicat, voisin de celui qui se pose en matière de détermination de la nationalité des personnes physiques. L'allégeance politique c'est, en effet, le lien qui unit une personne morale à un Etat qui, d'une part, lui accorde le régime réservé à ses nationaux et, d'autre part, lui apporte sa protection diplomatique (34).

Dans ces conditions, il importe de préciser quelles conditions sont imposées par le droit international à l'attribution par un Etat donné de ce lien d'allégeance politique à une personne morale ; l'Etat ne saurait, en effet, être investi sur ce point d'un pouvoir discrétionnaire et illimité.

La jurisprudence internationale, en harmonie d'ailleurs avec un grand nombre de législations ou de jurisprudences internes, a fixé les conditions de l'attribution du lien d'allégeance politique à partir du principe d'effectivité.

(34) Cf. La Personnalité morale et ses limites. Collectif, Paris, PICHON, DURAND-AUZIAS, 1960, 286 p. et notamment le rapport de Suzanne BASTID, « *La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers* », pp. 159 à 167.

L'évolution du droit international positif sur ce point est significative en ce qu'elle manifeste un progrès très net dans la prise en considération des critères d'effectivité : depuis la théorie dite du contrôle jusqu'à celle de l'intérêt substantiel, le rôle de l'effectivité s'est précisé et accru.

Selon la théorie du contrôle, l'allégeance politique d'une personne morale est déterminée par la nationalité de ceux qui contrôlent effectivement la dite personne morale : il peut s'agir, ou bien des individus placés à la direction de la personne morale ou y exerçant les responsabilités principales, ou des détenteurs de la puissance effective dans cette institution, qui seront en général les plus importants détenteurs de capitaux.

Ainsi, la théorie du contrôle reposait-elle sur la détermination des personnes titulaires du pouvoir effectif dans l'institution en question.

Pour rechercher les détenteurs du pouvoir effectif, il n'est pas tenu compte de la forme juridique de la personne morale ; c'est le rattachement réel qui est recherché à partir de la réalité économique ou sociologique (35).

La théorie du contrôle est appliquée par de nombreuses législations internes (36) ; un grand nombre d'accords commerciaux en font application ; la jurisprudence internationale l'a également mis en œuvre.

Mais la définition pratique de la notion de contrôle reste malaisée : doit-on tenir compte de la nationalité des associés, de celle des dirigeants, de celle des détenteurs de capitaux ; comment trancher si ces nationalités sont différentes ?

Il est apparu notamment, en raison de l'existence d'un capitalisme international très puissant, que l'application de la théorie du contrôle risque de donner lieu à de graves injustices au détriment des petits actionnaires, minoritaires dans des sociétés « contrôlées » par des étrangers, et qui risquent d'être victimes de mesures prises en vertu de la théorie du contrôle à l'égard de la société dont ils font partie.

(35) L'intermédiaire « d'hommes de paille » permet de conférer à une personne morale une allégeance politique apparente ; mais ce procédé est frauduleux et il est dépourvu de conséquences juridiques.

(36) Les lois françaises retiennent pour déterminer l'allégeance politique des sociétés anonymes, la nationalité de leurs dirigeants (cf. par exemple les lois sur les primes à la marine marchande, sur les concessions d'énergie hydraulique, sur la navigation aérienne, sur les concessions de services publics, sur la francisation des navires) ; mais c'est quelquefois la « nationalité des capitaux » qui est prise en considération (fabrication d'armements, exploitation agricole).

Pour supprimer cette ambiguïté et pousser jusqu'à son aboutissement logique l'application du principe d'effectivité au problème de la détermination de l'allégeance politique des personnes morales, il était nécessaire de quitter le plan de la personnalité morale elle-même pour s'attacher à la recherche des « éléments » de cette personnalité.

La jurisprudence internationale a réalisé cette évolution en adoptant la théorie dite de l'intérêt substantiel.

Selon la théorie de l'intérêt substantiel, en effet, ce n'est pas l'allégeance politique de la personne morale elle-même qui est recherchée ; selon une vue plus réaliste, le droit international recherche, au-delà de l'apparence formelle de la personnalité morale, la réalité économique et sociale qu'elle recouvre, à l'échelon individuel, de ses membres.

C'est la nationalité de chacun des membres de la personne morale qui est, en définitive, prise en considération pour déterminer les droits d'un Etat, dans une personne morale donnée, en ce qui concerne le droit international public : la protection diplomatique notamment sera ainsi exercée au profit de chaque actionnaire en particulier et non au profit de la personne morale tout entière : le voile de la personnalité morale est percé ; c'est la recherche de liens effectifs qui commande, en définitive, la détermination de la « nationalité des personnes morales ». Mais, du même coup, « cette nationalité » perd tout contenu, puisque c'est la nationalité de personnes physiques qui est prise en considération, et cette nationalité est elle-même déterminée par l'effectivité (37).

Ainsi, un Etat pourrait-il faire bénéficier de sa protection diplomatique ses nationaux, actionnaires d'une société ou membres d'une personne morale, qui relèverait d'un autre Etat suivant le critère de l'emplacement du siège social ou même suivant la théorie du contrôle.

La doctrine a eu l'occasion de rappeler cette théorie à propos de la nationalisation de la Compagnie universelle du Canal de Suez par l'Egypte. Si l'on place la question de la recevabilité de la

(37) Cette théorie de l'intérêt substantiel a été exposée par Max HUBER à l'occasion d'une hypothèse particulièrement favorable (celle d'une société en nom collectif), dans la sentence rendue dans l'affaire des réclamations britanniques relatives à la zone espagnole au Maroc, n^{os} 3 et 53. Recueil des sentences arbitrales, t. II, pp. 660 et 729. Pour la jurisprudence internationale, sur ce point cf. notamment Charles KISS, « *La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale* ». « *La personnalité morale* », *op. cit.*, pp. 179 à 206. Cf. aussi Ch. de VISSCHER, *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée*. R.D.I.L.C., 1934, pp. 624-651.

protection diplomatique sur le terrain de la nationalité, au sens du droit interne, la thèse de la Grande-Bretagne et de la France manque de fondement ; en effet, la Compagnie universelle avait sans doute la nationalité égyptienne (38). Mais, si l'on admet une conception souple de la protection diplomatique, qui atteint la réalité en « se modelant le plus exactement possible à cette mobilité des intérêts financiers qui est de l'essence des sociétés de capitaux... », on admettra sans peine la recevabilité d'une réclamation diplomatique de la France et de la Grande-Bretagne au profit de la Compagnie universelle. C'est en ce sens que s'est prononcée la majorité de la doctrine qui a eu ainsi l'occasion de réaffirmer son attachement à la théorie de l'effectivité dans le domaine de la nationalité des personnes morales (39).

Ainsi, comme on l'a écrit, « dans l'appréciation du lien d'allégeance qui peut justifier l'exercice de cette prérogative du droit international public que constitue la protection diplomatique, c'est la notion d'effectivité qui doit jouer le rôle décisif... L'effectivité se mesure en intensité à la lumière d'un faisceau de critères, parmi lesquels la nationalité de la société, au sens du droit interne, joue, certes, un rôle important, mais nullement exclusif. C'est au juge international qu'il appartient de peser l'effectivité de cette allégeance en tenant compte également de la nationalité des associés, du statut personnel de la société, et surtout de l'élément de contrôle prépondérant ou substantiel s'exerçant effectivement dans la vie de la société » (40).

En droit international, une « solidarité effective » fournit donc le « fait social de rattachement » qui, à son tour, apporte la justification et le critère de la protection (41).

En définitive, il est possible d'affirmer que l'effectivité est le critère unique de détermination de la nationalité des sujets de

(38) L'article 16 de l'acte de concession du 22 février 1866 dispose que : « La Compagnie Universelle du Canal maritime de Suez étant égyptienne... ». Selon les statuts de la compagnie, « la société a son siège social à Alexandrie... » (art. 3) et « La société étant constituée avec l'approbation du gouvernement Egyptien... ».

(39) En effet le gouvernement britannique détenait en propre 43 % des actions alors que 50 % de celles-ci étaient réparties entre les mains de porteurs Français. Cf. en ce sens Paul de VISSCHER, *Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez*, R.G.D.I.P., 1958, pp. 400 à 443. Quincy WRIGHT, *Intervention* 1956, A.J.I.L., 1957, p. 257 et s. Ces intérêts franco-britanniques étaient en outre assurés d'une représentation largement majoritaire au sein des organes directeurs de la Compagnie, dont le siège, avec l'accord tacite mais certain du gouvernement Egyptien se trouvait, contrairement au texte des statuts, à Paris et non à Alexandrie.

(40) Paul de VISSCHER, *op. cit.*, p. 428.

(41) Cf. Ch. de VISSCHER, *Théories et Réalités*, p. 400.

droit : c'est elle qui permet de trancher les conflits qui peuvent surgir entre Etats, à propos de la détermination de leurs ressortissants. L'effectivité exerce ainsi sa fonction révisionniste puisqu'elle est la cause de l'invalidation d'un des titres en présence.

Mais le rôle de l'effectivité est également très important dans la détermination de la « nationalité » de certains objets, auxquels la notion de nationalité est appliquée par extension.

B. — La détermination de la « nationalité » des navires, aéronefs et engins spatiaux.

Les navires, aéronefs et engins spatiaux sont des objets inanimés, mais ils sont autonomes, susceptibles de poser des problèmes d'exterritorialité : par analogie, on a recours à la notion de nationalité pour qualifier le lien juridique de rattachement de ces objets à un Etat donné.

L'étude du droit international montre que l'effectivité joue, dans la détermination de cette nationalité, un rôle primordial.

1° *L'effectivité et la « nationalité » des navires.*

La « nationalité » d'un navire est le lien juridique qui le rattache à un Etat donné ; le navire bat le pavillon de cet Etat (42).

La question qui se pose est celle de savoir à quelles conditions un Etat peut conférer à un navire sa « nationalité », c'est-à-dire à quelles conditions il peut l'immatriculer et l'autoriser à battre son pavillon.

Sur le plan des principes la solution de ce problème est très nette : un navire a la « nationalité » de l'Etat auquel il est effectivement rattaché ; cette effectivité du lien juridique se traduit par le fait que l'armateur, le capitaine, l'équipage du navire ont la nationalité de l'Etat en cause, que le port d'attache du navire en question est situé sur le territoire de cet Etat, etc.

En 1896 déjà, l'Institut de droit international avait souligné la nécessité que le pavillon des navires indique le lieu réel de leur rattachement. Selon l'article 2 de la résolution adoptée : « Pour être inscrit (sur le registre d'un Etat), le navire doit être, pour plus de moitié, la propriété :

1° de nationaux ;

2° d'une société en nom collectif ou en commandite simple, dont

(42) Gidel, *op. cit.*, I. 215. *Moore History and digest of the international arbitrations to which the U.S. has been a party T.V.*, p. 4948.

plus de la moitié des associés personnellement responsables sont nationaux ; ou

3° d'une société par actions (anonyme ou en commandite) nationale, dont deux tiers au moins des membres de la direction sont nationaux ».

Selon l'article 3 de ce texte : l'entreprise (qu'il s'agisse d'armateurs individuels, de sociétés ou de corporations) doit avoir son siège dans l'Etat dont le navire porte le pavillon et où il est enregistré.

Le projet de Convention de 1958 sur la haute mer a confirmé ce principe dans son article 5, alinéa 1 : « Chaque Etat fixe les conditions auxquelles il accorde sa nationalité aux navires ainsi que les conditions d'immatriculation et du droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. *Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire ; l'Etat doit notamment exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines techniques, administratifs et sociaux sur les navires battant son pavillon* » (43).

Ce projet de convention reflète la pratique de la plupart des Etats, qui exigent, pour donner leur nationalité à un navire, qu'il existe un lien effectif de rattachement.

Ainsi apparaît nettement la fonction de l'effectivité dans l'attribution de la nationalité des navires.

Il convient de souligner cependant qu'en pratique le problème des pavillons de complaisance limite considérablement la portée de ce principe. Ce problème est bien connu : nous le rappellerons très brièvement (44).

Certains Etats enregistrent sans difficulté des navires avec lesquels ils n'ont aucun lien réel; ils tirent avantage de cette pratique en percevant des droits à l'enregistrement. Les armateurs ont également avantage à rechercher cette nationalité fictive : d'abord, ces Etats ne perçoivent pas d'impôt sur les bénéfices réalisés en dehors de leurs eaux territoriales ; ils ont, en général, une législation très indulgente en ce qui concerne les règles de sécurité en mer, l'établissement de qualifications techniques pour le commandement, etc. ; mais, surtout, ils n'accordent pratiquement aucune

(43) Cf. J. Patey, *La conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, R.G.D.I.P., 1958, p. 454 qui constate que cet article est de nature à exercer une influence certaine sur la pratique des « pavillons de convenance ».

(44) J.M. Roux, *Les pavillons de complaisance*, Thèse, Paris, 1960, dactylographiée, 171 p. ; Cf. aussi références citées au commentaire de M. Colliard sur l'avis de la C.I.J. du 8 juin 1960, A.F.D.I., 1960, p. 358. note 34. R. Pinto, *Les pavillons de complaisance*, Journal du droit international, 1960, n° 2, pp. 344 à 369.

protection au personnel embarqué. Aussi, les armateurs qui ont recours aux pavillons de complaisance peuvent-ils adapter au mieux leurs intérêts à la conjoncture internationale : si les frets baissent, ils peuvent désarmer leurs navires aux moindres frais, puisque le personnel embarqué ne bénéficie pratiquement d'aucune protection sociale.

Les armateurs américains, qui possèdent une flotte de commerce disproportionnée aux besoins des Etats-Unis, tirent de ce procédé un gros avantage.

C'est ainsi que, depuis 1945 en particulier, de nombreux armateurs américains et grecs notamment ont obtenu de faire battre, à leurs navires, le pavillon d'un des Etats du groupe Panlibhonco (Panama, Libéria, Honduras, Costa Rica) (45).

L'attribution de pavillons de complaisance, qui établit un lien juridique purement fictif, entre l'Etat et le navire en cause, est contraire au principe d'effectivité et au droit international.

Mais ce scandale ne pourrait cesser que par une ferme volonté des Etats à pavillon traditionnel ; or, si les syndicats de gens de mer dénoncent violemment dans ces Etats le problème des pavillons de complaisance, les armateurs de ces pays ne soutiennent que très modérément ces revendications, car la menace que constitue l'existence des pavillons de complaisance réduit singulièrement la pression que les syndicats des gens de mer peuvent exercer contre eux ; si cette pression interne n'existait pas, il est hautement vraisemblable que le scandale des pavillons de complaissance cesserait ou serait plus souvent dénoncé.

Il faut toutefois relever un récent avis consultatif de la Cour Internationale de Justice, qui contredit la thèse que nous soutenons. Le 23 mars 1959, le secrétaire général de l'I.M.C.O. fit connaître à la C.I.J. que l'Assemblée de cette organisation avait décidé, le 19 janvier 1959, de lui demander un avis consultatif sur la question suivante : aux termes de l'article 28 de la convention portant création de l'I.M.C.O., « le Comité de la sécurité maritime se compose de quatorze membres élus par l'Assemblée parmi les membres, gouvernements des pays qui ont un intérêt important dans les questions de sécurité maritime. Huit au moins de ces pays doivent être ceux qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes... »

(45) *Le Lloyd register of shiping* de 1958 signale que le Liberia accuse 10 mille tonnes de navires marchands (autant que la Norvège) ce qui lui donne la troisième place dans l'ordre des puissances maritimes. Panama qui accuse 4 mille tonnes est sur le même plan que la France. Cf. REUTER, *Les organisations européennes*. Cours Paris, D.E.S. 1958-59. Annexe sur le problème des pavillons de complaisance, p. 286.

Comment devait-on entendre la notion de « pays qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » ? Fallait-il, selon la thèse soutenue notamment par la Grande-Bretagne et les Pays-Bas et adoptée par la majorité de l'Assemblée, interpréter cette expression comme visant le tonnage qui appartient aux ressortissants de l'Etat ou, au contraire, comme visant le tonnage *immatriculé* dans l'Etat du pavillon. L'Assemblée de l'I.M.C.O., désireuse de lutter contre la pratique des pavillons de convenance, avait refusé d'élire au Comité de sécurité le Panama et le Libéria, qui occupaient pourtant la troisième et la huitième place au tableau des tonnages immatriculés. La Cour, qui ne pouvait s'appuyer sur les travaux préparatoires pour guider son interprétation, a examiné divers articles de la Constitution de l'I.M.C.O. ainsi que la pratique actuelle ; l'un des articles examinés était l'article 60, qui prévoyait que la Constitution entrerait en vigueur lorsque vingt et un Etats, dont sept devaient posséder un tonnage global au moins égal à un million de tonneaux de jauge brute, y auraient adhéré : or, le secrétariat des Nations Unies, autorité dépositaire, s'est référé au critère du tonnage brut *immatriculé* indiqué par le Lloyd's Register, pour déterminer la date d'entrée en vigueur de la Convention. La pratique relative aux autres articles de la Convention, y compris la pratique concernant la répartition des dépenses de l'organisation, s'appuyait également sur ces chiffres du tonnage brut immatriculé. La Cour remarqua enfin que la méthode d'évaluation du tonnage fondée sur la recherche du lien substantiel, effectif, n'est ni pratique, ni sûre, et qu'elle ne trouve de fondement ni dans la pratique internationale, ni dans la terminologie maritime, ni dans les conventions internationales sur la sécurité en mer (la Cour a cité plusieurs de ces conventions pour démontrer que le critère du tonnage immatriculé est le plus conforme à la pratique internationale), ni dans la jurisprudence internationale.

La Cour a donc estimé, par neuf voix contre cinq, que « le Comité de sécurité n'a pas été établi conformément à la Convention » : elle a donc rejeté la théorie du lien substantiel, fondée sur l'effectivité (46).

Cet avis a été vivement critiqué, non seulement dans les opinions des juges dissidents (47), mais également en doctrine. M. le profes-

(46) Avis du 8 juin 1960, Recueil C.I.J., 1960, p. 150.

(47) Le Président de la Cour et quatre juges se sont opposés à la majorité ; dans son opinion dissidente, M. Moreno QUINTANA a justement fait remarquer que l'expression « pays qui possèdent les flottes commerciales les plus importantes » a une signification réelle ; elle traduit une réalité économique internationale que seul un lien substantiel d'attachement du propriétaire du

seur Colliard écrit à ce sujet : « Il semble sur ce point difficile de ne pas suivre les opinions dissidentes qui estiment conforme au texte de la Convention la pratique suivie par la majorité de l'Assemblée lors de l'élection du 15 janvier 1959 » (48). La position de la Cour est, en effet, contestable, non seulement parce qu'elle rejette la théorie du lien substantiel, mais encore parce qu'elle conduit en pratique à une solution illogique et, en définitive, très peu pratique et juridiquement peu justifiée. La Cour aurait dû ne pas se borner à l'examen des statistiques de tonnage immatriculé (qui dissimulent une fiction) : elle aurait pu considérer « les effectifs des équipages, la répartition par nationalité, celle aussi des officiers de la marine de commerce, avec peut-être la liste et les effectif des écoles, le nombre des capitaines au long cours... et même le nombre des spécialistes, par nationalité, du service de T.S.F. ... Une analyse plus juridique aurait pu être faite des législations maritimes, de leur développement » (49). On aurait pu joindre aux statistiques de Lloyd, celles, régulièrement publiées, des accidents survenus, classés par nationalité... et faisant apparaître des pourcentages qui semblent définir très exactement les intérêts portés par certains Etats aux questions de sécurité maritime.

Cet avis de la C.I.J. est donc très critiquable et il ne doit pas conduire, nous semble-t-il, à rejeter la théorie du lien substantiel.

En conclusion, et sous réserve de la persistance du scandale des pavillons de complaisance, la fonction de l'effectivité dans l'attribution de la « nationalité » aux navires est donc fondamentale.

2° *L'effectivité et la « nationalité » des aéronefs et des engins spatiaux.*

Le problème de la détermination de la « nationalité » des aéronefs et des engins spatiaux se pose dans les mêmes termes que celui de la « nationalité » des navires (50).

navire au pavillon qu'il porte peut établir d'une manière satisfaisante », Rec. p. 178.

(48) Cf. COLLIARD, *Analyse de l'avis de la Cour*, A.F.D.I., 1960, pp. 338 à 369. Cf. également S. ROSENNE, *La Cour Internationale de Justice en* 1960, R.G.D.I.P., 1960, p. 513 et s.

(49) *Ibidem.*, p. 360.

(50) La discussion soulevée par le problème de la définition des aéronefs et des engins spatiaux est des plus complexes ; on peut, en première analyse, admettre qu'un aéronef est un engin susceptible de se soutenir dans l'atmosphère grâce aux réactions de l'air, tandis qu'un engin spatial est un engin capable de se mouvoir indépendamment de la portance de l'espace ambiant. Peu importe, nous semble-t-il, que l'engin en question soit ou non doté d'un équipage.

La détermination de la « nationalité » des aéronefs a été réglementée en droit positif par la Convention de Chicago de novembre 1944 qui prescrit, dans son article 17, que « les aéronefs ont la nationalité de l'Etat dans lequel ils sont immatriculés » et, dans son article 19, que « l'immatriculation ou le transfert d'immatriculation d'un aéronef dans un Etat contractant quelconque, s'effectuera conformément aux lois et règlements dudit Etat (51).

La Convention ne contient donc qu'un renvoi pur et simple à la législation interne de l'Etat immatriculateur : elle permet, par conséquent, l'attribution de sa nationalité par un Etat qui n'aurait, avec l'aroénef en cause, qu'un lien purement fictif ; si le droit international positif contredit sur ce point le principe d'effectivité, c'est parce que les exigences de l'effectivité dans le rattachement ont cédé le pas à celles de la certitude et de la sécurité (52).

Cette convention est d'ailleurs fréquemment critiquée par la doctrine, sur ce point précis, en vertu du principe d'effectivité (53).

En ce qui concerne les engins spatiaux, le droit international positif ne définit pas les conditions de détermination de leur nationalité, mais la doctrine a déjà étudié ce problème ; les auteurs sont, à ce sujet, partagés : les uns, par analogie avec la solution du droit positif relative à la nationalité des aéronefs, sont partisans du système de l'immatriculation ; les autres, plus nombreux semble-t-il, ont recours à la théorie du lien substantiel, ou effectif, pour la détermination de la nationalité des engins spatiaux (54). Cette solution nous paraît préférable, mais la discussion sur ce point est sans doute prématurée, car il est difficilement concevable que, dans un avenir prévisible, des contestations soient soulevées par le problème de la détermination de la nationalité d'un engin spatial.

La fonction révisionniste de l'effectivité est ici mise en évidence ; les conflits qui opposent deux Etats dans la détermination de leurs compétences personnelles doivent être tranchés en application du principe d'effectivité : le titre effectif (ou le plus effectif)

(51) Cf. André GARNANET, *Conventions et résolutions de Chicago*, Rev. Franç. de dr. aérien, n° 1. Albert de la PRADELLE, *La Conférence de Chicago, sa place dans l'évolution politique, économique et juridique du monde ; idem.*, 2, 3, 4, 6.

(52) Cf. Ch. de VISSCHER, *Théories et Réalités, op. cit.*, p. 400 et l'avis consultatif de la C.I.J. du 8 juin 1960 dans l'affaire du *Comité de la sécurité maritime*, où le critère du « lien substantiel » a cédé le pas à celui de l'immatriculation.

(53) Cf. par exemple PINTO, *Sagesse de Paul Reuter*, journal de droit international, 1959, p. 106.

(54) Cf. par exemple, rapport n° 75, p. 51 de M. Aaronson, *the legal control of the outer space of the Listener*, Londres, 19 septembre 1958.

est considéré comme le meilleur ; l'autre titre est invalidé ; une situation juridique se trouve ainsi révisée pour des motifs d'effectivité. Cette fonction révisionniste de l'effectivité apparaît aussi dans les conflits de compétences territoriales.

§ 3. — Les conflits de compétences territoriales.

Un conflit de compétences territoriales peut prendre naissance si deux Etats prétendent exercer simultanément leur autorité sur un même territoire ; ce problème, qui revient à fixer la ligne frontière entre les deux Etats, peut être réglé conventionnellement entre eux ; à défaut, il convient de déterminer selon quels principes le droit international permet de régler ce litige : il apparaît que le principe général qui régit ce domaine est celui de l'effectivité (55).

Mais, le conflit de compétences territoriales peut également revêtir une forme plus compliquée : le domaine territorial des Etats est, en effet, limité par certains espaces, maritimes et aériens, qui, par nature, sont insusceptibles d'être soumis sans réserve à une compétence étatique exclusive et souveraine ; ces domaines, dont l'utilisation par l'ensemble des Etats membres de la communauté internationale est nécessaire à l'établissement de communications internationales, sont souvent considérés par la doctrine comme les éléments d'une sorte de domaine public international ; en réalité, « la domanialité » de ces espaces, qui a notamment pour conséquence l'établissement d'un régime de liberté dans l'utilisation qui en est faite, n'est réalisée que pour la mer. Même pour celle-ci, l'expression de domaine public international n'exprime qu'une comparaison hardie et un peu simpliste avec les techniques du droit interne. Mais les progrès réalisés dans les communications aériennes ou spatiales posent sous un angle nouveau le problème du régime de l'espace et permettent de considérer que celui-ci appartient, dans certaines limites, au domaine public international soumis au principe de la libre circulation.

A partir de cette expression de « domaine public », il est intéressant d'examiner en quels termes se posent les conflits qui peuvent naître entre le titre juridique, qui consiste en l'appartenance d'un espace maritime ou aérien au domaine public international, et le titre juridique que peut invoquer un Etat pour exercer, sur une section de cet espace, des compétences territoriales exclusives ; la délimitation des compétences étatiques territoriales sur les domaines

(55) P. de la Pradelle, *La Frontière*. Les édit. intern., 1928.

maritimes et aériens apparaît donc, sous cet aspect, comme un conflit de titres juridiques : nous montrerons que ce conflit est tranché en application du principe d'effectivité.

Nous étudierons donc, successivement, les conflits de compétences territoriales entre deux Etats, puis entre un Etat et la communauté internationale elle-même (problème de la délimitation des compétences étatiques territoriales sur le domaine public international).

A. — Les conflits de compétences territoriales entre deux Etats.

Deux Etats qui revendiquent concurremment l'exercice de la souveraineté territoriale sur une même parcelle de territoire, peuvent invoquer, à l'appui de leurs prétentions, des titres formels divers, tels qu'un traité de cession territoriale, une décision arbitrale ou juridictionnelle, par exemple.

Mais ces titres ne sont pas suffisants pour établir la validité des prétentions étatiques en présence.

L'effectivité, dans l'exercice de la souveraineté territoriale, est, en effet, l'élément essentiel pour établir la validité des compétences étatiques (56).

Ceci n'est pas surprenant ; nous avons montré que l'effectivité était une condition nécessaire à l'établissement des compétences territoriales sur une région inoccupée ; il est donc normal que, selon la formule de Max Huber, « un élément jugé essentiel pour la constitution de la souveraineté soit exigé pour son maintien... ; l'insistance croissante avec laquelle le droit international, depuis le milieu du XVIII[e] siècle, a exigé que l'occupation soit effective, serait inconcevable si l'effectivité n'était exigée que pour l'acte d'acquisition et non pour le maintien du droit » (57).

Deux sortes de conflits de titres juridiques doivent d'ailleurs être distingués ; les conflits entre deux titres apparemment licites et les conflits entre deux titres, dont l'un repose manifestement sur un acte illicite, notamment sur une action violente :

(56) Nous n'examinerons pas ici la règle de *l'uti possidetis juris* invoquée pour régler les conflits de frontière en Amérique centrale et en Amérique du sud, cette règle selon laquelle les nouveaux Etats coïncident territorialement avec les anciennes colonies Espagnoles est apparemment simple mais a soulevé en pratique de nombreuses difficultés (cf. de la Pradelle, *La frontière*, p. 86. Alvarez, *Le droit international américain*, 1910, p. 682 et s. J.B. Moore, *Mémorandum sur* l'uti possidetis, 1913).

(57) Sentence arbitrale des Iles de Palmas, p. 17.

1° Si aucun des deux titres opposés n'est manifestement illicite, c'est le titre doté de la plus grande effectivité qui prévaut en principe (58).

C'est ainsi qu'un simple titre juridique ineffectif, qui n'est pas suffisant pour établir la souveraineté territoriale d'un Etat sur un territoire déterminé, ne saurait l'emporter sur un titre effectif, constitué par l'exercice prolongé des fonctions afférentes à la souveraineté territoriale (59).

La jurisprudence internationale a souvent posé le principe que le titre effectif prévaut sur le titre ineffectif dans les conflits territoriaux (60). La jurisprudence incline à donner la préférence à l'élément possessoire, non seulement parce que, dans les conflits de titres juridiques, la grande ancienneté des textes documentaires les rend souvent obscurs et douteux, mais surtout parce qu'elle envisage la souveraineté territoriale, fut-elle légalement démontrée à une époque reculée, comme sujette à fléchir graduellement et finalement à s'éteindre du fait d'une possession contraire dont l'effectivité est attestée par des manifestations non équivoques d'exercice des fonctions étatiques.

Certes, les conflits territoriaux posent des problèmes complexes qui ne se ramènent pas simplement au principe d'effectivité.

La situation est évidemment différente suivant que l'Etat, qui se voit opposer un titre effectif, a protesté contre l'occupation qui accompagne ce titre, s'est abstenu ou a reconnu cette situation de fait. Mais ces éléments, s'ils sont pris en considération par la jurisprudence internationale et s'ils paraissent même quelquefois fonder la motivation de certaines décisions, ne sont pas, en réalité, déterminants.

Il est certain, tout d'abord, que l'opposabilité du titre le plus effectif n'est pas déterminée par la reconnaissansce de l'occupation

(58) L'effectivité est ainsi la condition de l'opposabilité d'une situation qui tire par ailleurs sa validité de la compatibilité avec l'ordre juridique international.

(59) Cf. par exemple ROUSSEAU, *Droit international public approfondi, op. cit.*, p. 246. M. MIELE, *L'agguidicazione di territori nel diritto internazionale*, Milano, 1939.

(60) Cf. affaires de *Las Palmas*, R.S.A., t. 2, p. 845. Minquiers et Ecrehous, 17 novembre 1953, Recueil, C.I.J., p. 47. *Contra*, C.I.J., 20 juin 1959, affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontières entre la Belgique et les Pays-Bas, A.F.D.I. 1959, pp. 284 à 290 ; l'affaire n'a pas été abordée sous l'angle de l'effectivité. — Dans l'affaire des îles de Palmas, précédemment étudiée, l'arbitre a tranché le conflit qui opposait les Etats-Unis aux Pays-Bas en faveur du titre le plus effectif (celui des Pays-Bas). Dans la sentence il est fait allusion à « l'insistance croissante avec laquelle le droit international, depuis le milieu du XVIII^e siècle, exige que l'occupation soit effective ».

par l'Etat adverse. Cette reconnaissance intervient d'ailleurs rarement d'une façon implicite dans les hypothèses donnant lieu à conflit, elle peut résulter du comportement d'un des Etats mais, dans ce cas, il s'agit plutôt d'une absence de protestation que d'une reconnaissance authentique.

Le silence de l'Etat n'est pas, non plus, déterminant : la jurisprudence évite, en général, de l'interpréter et de lui donner une signification très nette (61).

Quant aux protestations de l'Etat auquel l'occupation effective est opposée, elles semblent jouer un rôle dans la solution du conflit des titres juridiques.

Exceptionnellement, les protestations de l'Etat voisin peuvent avoir pour effet de priver de validité un titre effectif, si ces protestations sont répétées, ininterrompues et sans équivoque. Par exemple, dans l'affaire El Chamizal du tracé de frontières opposant les Etats-Unis au Mexique, en 1910, la Commission internationale de frontière a fait application de cette idée ; la controverse portait sur une petite surface occupée par les Etats-Unis sur le lit du Rio Grande, qui y exerçaient une possession effective ; la Commission a estimé que ce titre effectif des Etats-Unis était inopposable au Mexique, « qui a constamment contesté et mis en cause... la possession de la région par les Etats-Unis et le contrôle exercé par le gouvernement local et fédéral... sur cette région » (62). Mais cette décision est isolée.

Le plus souvent, les décisions jurisprudentielles font état de l'absence de protestation de l'Etat voisin pour faire prévaloir le titre le plus effectif.

Par exemple, dans l'affaire du Grisbâdarna, relative à la frontière entre la Suède et la Norvège sur un îlot rocheux riche en bancs de homards, la Cour permanente d'arbitrage a relevé que l'occupation de l'îlot par la Suède s'est manifestée notamment par le stationnement d'un bateau-phare et le balisage de la côte, et que ces opérations ont été effectuées « sans rencontrer de protestations... de la Norvège ». Le titre effectif de la Suède a été confirmé (63).

(61) Cf. par exemple l'affaires des *frontières du Honduras*, 23 janvier 1933, Trib. arbitral, Recueil, O.N.U., I.1307.1366. Cf. de VISSCHER, *op. cit.*, p. 393 : « L'aspect critique de la notion d'effectivité et des consolidations auxquelles elle peut donner naissance réside dans la démonstration de la pertinence juridique de l'abstention à l'égard de faits ou de situations qui affectent le fondement ou les conditions d'exercice des droits ou prétentions des Etats tiers. Il en est particulièrement ainsi de la signification à attribuer à certaines omissions ou au silence ».

(62) Décision du 10 juin 1911, A.J.I.L., 1912, t. 5, p. 205.

(63) C.P.A., 23 octobre 1909, cf. SCOTI, *Les travaux de la C.P.A., La Haye*, 1921, p. 125.

Dans l'affaire des frontières colombo-vénézuéliennes, la Colombie, qui occupait effectivement certains territoires du bassin de l'Amazone et de l'Orénoque, soutenait, pour consolider son titre, que le Venezuela avait reconnu son droit de souveraineté sur ce territoire ; elle avançait notamment que le Venezuela n'avait pas élevé de protestation à l'occasion d'un traité, signé le 24 avril 1907, et par lequel elle avait cédé au Brésil une vaste portion de la zone contestée. L'arbitre (qui était en l'espèce le Conseil fédéral suisse) retint que : « cette cession n'a provoqué aucune réclamation de la part du Venezuela et les occupations colombiennes de 1900 dans le bassin de l'Orénoque ont été subies par le Venezuela sans protestation claire et explicite » (64). L'arbitre reconnut ainsi la validité de la thèse colombienne.

Faut-il déduire de ces décisions que les protestations de l'Etat voisin sont à elles seules susceptibles de priver d'opposabilité le titre effectif ? Il ne le semble pas. En réalité, les protestations n'ont d'effet juridique que si elles manifestent formellement l'opposition de l'Etat voisin à l'occupation qui lui est opposée. Mais, dans ce cas, les protestations compromettent l'effectivité elle-même du titre en question, elles portent atteinte, par leur fréquence, leur vigueur et par les actions qui les accompagnent, au fondement même de l'opposabilité de ce titre, c'est-à-dire à son effectivité.

La Cour Internationale de Justice a d'ailleurs fait application du principe d'effectivité dans les conflits de titres juridiques territoriaux, dans l'importante affaire du temple de Preah-Vihear, opposant le Cambodge à la Thaïlande (65). En bref, le litige porté devant la haute juridiction était relatif à la détermination de la souveraineté dans la région du temple de Preah-Vihear : le Cambodge, demandeur à l'instance, invoquait, à l'appui de sa prétention, un titre juridique fondé sur les travaux de la Commission de délimitation des frontières entre le Siam et l'Indochine française, effectués en application des dispositions d'une convention du 13 février 1904. La Thaïlande, qui occupait effectivement le territoire contesté au moins depuis l'année 1949, date à laquelle quatre préposés siamois avaient été affectés à la garde du temple de Preah-Vihear, fondait son droit sur plusieurs arguments, en partie contradictoires d'ailleurs. Elle invoquait d'abord que le temple, se trouvant du côté thaïlandais de la ligne de partage des eaux entre les deux pays, était soumis à sa souveraineté puisque, aux termes de

(64) Recueil O.N.U., I.229.298. Cette sentence est d'ailleurs de peu de poids, car elle n'a fait que confirmer une sentence rendue en 1891 par la couronne d'Espagne, sur la base de *l'uti possidetis*.

(65) C.I.J., 15 juin 1962, Fond, R.G.D.I.P., 1962, n° 4, pp. 828 à 856.

la convention de 1904, c'est la ligne de partage des eaux qui devait servir de frontière entre le Siam et l'Indochine française. Mais la Cour n'a pas suivi ce raisonnement : elle a estimé, en raison de la désignation par les deux pays signataires de la commission précitée, chargée d'établir le tracé exact de la frontière, que « la ligne de frontière devait être à toutes fins celle qui résulterait des travaux de délimitation, à moins que l'on pût démontrer l'invalidité de la délimitation ». Or, cette commission avait établi une carte situant le temple de Preah-Vihear en territoire cambodgien : la Thaïlande s'efforçait de démontrer que cette carte n'avait jamais été officiellement approuvée, ni même tacitement acceptée par le gouvernement thaïlandais. Mais la Cour, se livrant à un examen minutieux du comportement du gouvernement thaïlandais après les travaux de la Commission de délimitation, a estimé que la carte en question, qui n'avait jamais suscité de protestations expresses de la part du gouvernement thaïlandais, avait été adoptée par les parties (la Cour invoquant expressément ici l'adage « *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* », a donc interprété l'attitude passive de la Thaïlande, qui n'a pas protesté sur le plan diplomatique contre cette délimitation, comme une acceptation »). Ce faisant, la Cour a été amenée à examiner, pour le rejeter, l'argument invoqué par la Thaïlande selon lequel le titre de cet Etat, doté d'une plus grande effectivité que celui du Cambodge, devait prévaloir ; la Thaïlande avait, en effet, soutenu dans ses conclusions lues à l'audience (66) que : « *En fait,* ni la Thaïlande, ni le Cambodge, n'ont traité la frontière indiquée à l'annexe I comme frontière entre la Thaïlande et le Cambodge dans la région de Dangrek... Des preuves abondantes ont été produites, démontrant qu'à toutes les époques critiques la Thaïlande a exercé la pleine souveraineté dans la zone du temple, à l'exclusion du Cambodge ». Mais le Cambodge invoquait, lui aussi l'effectivité de son titre qu'il s'efforçait d'établir à partir de certains faits manifestant sa souveraineté. La Cour s'est livrée à une analyse minutieuse de l'effectivité des deux titres en présence ; il résulte de cet examen qu'aucun des deux Etats ne pouvait invoquer, à l'appui de sa prétention, une effectivité incontestable, ininterrompue et durable de la possession. Chacun des deux titres était doté d'une effectivité relative. Certes, la Cour n'a pas explicitement cherché à pondérer l'effectivité de chacun des deux titres en présence, à comparer cette effectivité ; très logiquement, dans la ligne du raisonnement qu'elle a suivi, elle a décidé que, « considérée dans son ensemble,

(66) R.G.D.I.P., 1962, précitée, p. 833.

la conduite de la Thaïlande a confirmé et corroboré son acceptation initiale (de la délimitation opérée par la Commission des frontières incluant le temple de Preah-Vihear dans le territoire cambodgien) et que les actes accomplis par la Thaïlande sur les lieux n'ont pas suffi à l'annuler. *Les deux parties ont, par leur conduite, reconnu la ligne et, par là même, elles ont effectivement convenu de la considérer comme étant la frontière* ».

Par conséquent, la Cour, conformément à ses conceptions volontaristes habituelles, a pris en considération l'effectivité des titres en présence comme un élément de preuve de la volonté des parties.

Il reste cependant possible d'affirmer que, si la Thaïlande avait su apporter la preuve d'une possession effective, ininterrompue et prolongée, son titre aurait sans doute prévalu : ceci résulte de l'expression employée par la Cour qui, avant de procéder à l'examen et à l'appréciation des actes accomplis par la Thaïlande sur les lieux, a déclaré : « Le vrai problème est de savoir s'ils suffirent (les actes en question) à effacer ou à annuler l'impression nette d'acceptation de la frontière de Preah-Vihear qui se dégage des diverses considérations examinées plus haut ».

En définitive, la décision de la Cour, favorable au Cambodge, nous paraît faire une application indirecte, mais parfaitement fondée et conforme à la jurisprudence antérieure, du principe d'effectivité.

En conclusion, on peut affirmer que le droit international reconnaît à l'effectivité de la possession territoriale des effets que le droit privé est loin d'admettre en matière de propriété. En effet, la souveraineté n'est pas un droit, mais une fonction : « A la base des droits du souverain territorial et spécialement de son droit à être reconnu, il y a les devoirs qui lui incombent ; les premiers sont les moyens mis à sa disposition par le droit international pour lui permette de remplir ses fonctions » (67).

Un Etat, qui a cessé d'exercer toute autorité sur un territoire, ne saurait, à l'abri de protestations purement verbales, maintenir indéfiniment son titre à l'encontre de celui, qui, depuis un temps suffisamment long, y a exercé effectivement les attributions de la souveraineté et en a rempli les devoirs (68).

2° Si les deux titres en conflit sont simultanément dotés d'une certaine effectivité, c'est le titre dont l'effectivité a le degré le plus élevé qui l'emporte, qui est considéré comme le titre le meilleur.

(67) Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, *R.C.A.D.I.*, 1936, t. 58, p. 471 et s. et ici p. 617.

(68) De Visscher, *op. cit.*, pp. 257 et 404.

D'ailleurs, comme nous l'avons déjà signalé, l'effectivité de la possession est susceptible de degrés ; suivant la nature du territoire en cause, l'effectivité exigée n'est pas la même (69).

Mais une hypothèse de conflits de titres territoriaux présente une difficulté particulière ; si le titre effectif repose sur un acte illicite et notamment sur une action violente, ce titre est-il, néanmoins, le meilleur ?

Le principe « *ex-injuria jus non oritur* » semble faire obstacle à l'application du principe d'effectivité dans ce cas ; une annexion territoriale commise par la violence, ne saurait, semble-t-il, produire des effets juridiques, même si elle se maintient durablement.

Pourtant, comme on l'a dit, « le droit des gens, qui est un droit primitif, ne dispose pas d'une technique assez évoluée pour pouvoir contester toute validité juridique à un pouvoir politique créé en violation du droit, mais durable et effectif » (70).

Aussi, dans ce domaine, comme dans les autres secteurs du droit international, il est possible d'affirmer que si, en principe, la légalité doit être préférée à l'effectivité, le temps efface l'illégalité et valide l'effectivité : l'effectivité est, dans ce cas, comme on l'a dit : « l'unique fondement de l'opposabilité d'une situation contraire à une règle positive de légalité objective » (71).

Mais, ici, une distinction chronologique s'impose. Avant la première guerre mondiale, l'opposabilité d'une extension territoriale opérée par la force ne faisait aucun doute, qu'elle résulte d'une subjugation d'un Etat par un autre Etat (*debellatio*) ou qu'elle consiste en une annexion forcée (*occupatio bellica*), donnant naissance à un titre juridique (traité de cession entre les deux Etats).

Les hypothèses de *debellatio* sont, à vrai dire, assez rares à l'égard d'un Etat de type moderne (elles sont, au contraire, très nombreuses à l'égard de groupes sociaux non étatiques, notamment dans le cadre de l'expansion coloniale). On peut en citer quelques exemples : l'occupation de l'électorat de Hesse-Cassel par Napoléon en 1806, suivie de son incorporation au royaume de Westphalie (reconnu au traité de Tilsitt de 1807 par la Prusse et la Russie), ou encore la subjugation par la Grande-Bretagne de la République sud-africaine et de l'Etat libre d'Orange (72).

Ces subjugations n'ont donné lieu à aucune protestation de la part des Etats tiers.

(69) Cf. par ex. C.I.J., Groënland oriental, précité.
(70) P. Guggenheim, *traité*, vol. 1, p. 443.
(71) Mme Bastid, *L'affaire Nottebohm*, *op. cit.*, p. 630.
(72) Cf. Phillipson Collman, *Termination of war and treaties of peace*, London, 1916.

Les hypothèses de traités de cessions, entérinant une annexion violente, sont très nombreuses (73). Il s'agit d'un cas particulier de traités conclus sous la violence, dont nous avons montré précédemment la validité. Certes, ces annexions ont souvent entraîné des protestations de la part des Etats tiers qui estimaient qu'un certain équilibre des forces internationales se trouvait rompu de leur fait. Il est même arrivé que les grandes puissances interviennent dans les traités de cession, au nom de l'équilibre européen, ou même qu'elles fassent renoncer un Etat vainqueur à un territoire cédé (74). Mais il s'agissait d'interventions purement politiques, nullement fondées sur une règle juridique prohibant l'annexion forcée, puisqu'une telle règle n'existait pas à l'époque.

Depuis le pacte de la S.D.N. et le pacte Briand-Kellog, l'interdiction du recours à la force est devenue un principe de droit international positif. Aussi, l'extension forcée de compétences territoriales ne peut-elle être qu'illégale. Si la majeure partie de l'école fasciste italienne a cherché à écarter du droit international le principe « *ex injuria* » (75), la plupart des auteurs considèrent, au contraire, que l'occupation illicite — même si elle est effective — ne constitue, en aucun cas, un titre juridique (76).

Pourtant, si l'Etat victime de l'annexion y a donné son consentement, dans un traité en bonne et due forme, nous avons établi que ce traité était valable. Certains auteurs soutiennent le contraire : un Etat ne pourrait pas renoncer à l'application d'une règle de légalité objective. Mais le droit positif infirme cette opinion.

Le problème est plus délicat si l'Etat victime de l'annexion (et qui, par hypothèse, n'a pas été entièrement subjugué) s'obstine à ne pas reconnaître le fait accompli. Dans ce cas, l'auteur de l'annexion n'acquiert pas un titre immédiatement valable, même si

(73) Pour des exemples, cf. Mac Mahon MATTHEW, *Conquest and modern international law*, Washington, 1940.

(74) LANGER Robert, *Seizure of Territory, the stimson doctrine and related principles in legal theory and diplomatic practise*, Princeton, 1947.

(75) Cf. G. OTTOLENGHI, *Il principio di effectivita e la sua fonzione nell' ordinamento internazionale. Rivista di diritto internazionale*, 1936, p. 28, pp. 3 à 33, 152 à 171 et 361 à 403. *Condorelli, Ex facto jus oritur, Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1931, pp. 585 à 600. *Piovani. Il significato del prinzipio di effectivita*, Milan, 1959, pp. 115 à 139.

(76) Albert DEVEZE, *L'annexion de territoires ; ses effets juridiques en droit international public et privé* (commentaire de trois arrêts de juridictions belges). Journal de droit international Clunet, 1950, p. 788. Selon de nombreux auteurs le refus de reconnaissance est dans ce cas obligatoire (mais ses effet paraissent incertains). Cf. C.H.M. WALDOCH, *the use of the force in international law*, R.C.A.D.I., vol. 81, pp. 451 à 518. LAUTERPACH, *Recognition, op. cit.*, pp. 434 à 435.

son occupation est effective (77). Les protestations de l'Etat lésé ne seront d'ailleurs, le plus souvent, pas seulement verbales : elles donneront lieu à une action qui empêchera la possession effective et paisible de l'annexant de s'instituer. A la limite, la force établira ce que la force avait défait ; l'Organisation des Nations Unies est d'ailleurs compétente, dans ce cas, pour intervenir.

Mais il arrivera souvent que le « titre », d'abord illégal de l'Etat annexant, se consolide progressivement. Il deviendra impossible aux Etats tiers de ne pas prendre en considération la situation de fait ainsi créée, si elle s'établit dans la durée.

Si la situation antérieure n'est pas rétablie par la force, la nullité proclamée, comme sanction de l'illégalité, ne pourra s'imposer.

Aussi, l'établissement de compétences territoriales, exercées paisiblement, constitue un titre juridique valable, même s'il repose sur une base illicite.

Salviolli l'a clairement montré (78) : « *Si uno stato occupa illegalmente il territorio di altro stato l'atto sorse illecito e da esso non possono derivare conguenze giuridiche come se si trattase di occupazione sorta lecita* (*ossia la nascita della sovranita opponible allo stato cui fu sottratio quel territorio*). *Ma se il movo potere ni quel territoria attiene l'adessione effectiva, reale della popolazione ivi stabilita i quinodi si instaura un ordine pacifico de convivenza civile — allora si puo ammettere che la condizione iniziale di illiceita venga sanata dal verificarsi di questo removo elemento...* ».

Kelsen a soutenu le même point de vue en écrivant : « Un traité ne saurait, par lui-même, déterminer un changement territorial. Le territoire cédé ne cesse d'être territoire du cédant et ne devient juridiquement au cessionnaire que *par le fait* que ce dernier étend *d'une manière effective et durable* son autorité sur le territoire cédé et que le premier cesse d'y exercer la sienne... En admettant que, violant le traité, le cédant refuse d'évacuer le territoire, celui-ci n'en continuerait pas moins à lui appartenir » (79).

Et il est important de souligner que ce n'est pas la « reconnaissance » tacite, ni même expresse, des Etats tiers qui valide la

(77) Cf. controverse entre le Royaume-Uni et l'Iran à propos des îles de Bahrein : H.A. SMITH, *Great Britain and the law of Nations*, t. 2, pp. 62 à 76. Sir John Fischer WILLIAMS, *Sovereignty, seisin and the League*, B.Y.B.I.L., 1926, p. 24 et s. Majid KHADDURI, *Iran's claim to the sove reigenty of Bahrein*, A.J.I.L., 1951, p. 651.

(78) SALVIOLLI, *L'effectivité*, *op. cit.*, p. 279.

(79) KELSEN, *Théorie générale*, *op. cit.*, p. 334.

situation illégale ainsi créée, car la reconnaissance d'une situation contraire à la légalité objective est inefficace.

Certains auteurs ont posé le principe de *l'obligation de non-reconnaissance* des situations illégales. Mais une telle obligation ne peut résulter que d'un traité. L'acte de reconnaissance est un acte discrétionnaire : les Etats tiers sont libres de reconnaître les effets d'une illégalité ; en reconnaissant une situation illégale, les Etats tiers renoncent à se prévaloir de l'illégalité. Ils ne peuvent « créer » une situation individuelle contraire à une règle de légalité objective.

En réalité, c'est donc l'effectivité qui permet de trancher un conflit de compétences territoriales entre deux Etats.

Dans ce domaine, comme dans tous les secteurs du droit international, on peut affirmer que si, en principe, la légalité doit être préférée à l'effectivité, le temps efface l'illégalité et valide l'effectivité.

Le fond du droit et la preuve sont ici étroitement soudés. L'existence même de la souveraineté territoriale est toujours liée aux manifestations de son exercice ; celles-ci en sont un élément constitutif par lequel la souveraineté s'acquiert et se maintient, le non-exercice l'éteint. Comme il est une condition de la souveraineté, l'exercice paisible et suffisamment continu des fonctions étatiques en est le titre par excellence. Ainsi le veulent la stabilité et la sécurité des relations internationales (80).

En conclusion, la délimitation des compétences étatiques peut donc être modifiée par l'établissement de nouvelles situations effectives : cette fonction révisionniste de l'effectivité se manifeste également dans la délimitation des compétences étatiques territoriales sur le domaine public international (c'est-à-dire dans les conflits de compétences territoriales entre un Etat et la communauté internationale elle-même).

B. — La délimitation des compétences territoriales étatiques sur le domaine public international.

Les difficultés, qui naissent du fait des prétentions d'un Etat à exercer des compétences territoriales sur le domaine maritime ou sur le domaine aérien, peuvent s'analyser en un conflit de titres juridiques : le titre, en vertu duquel l'Etat revendique l'exercice des compétences territoriales et celui par lequel l'espace en question, appartient au domaine public international.

(80) Ch. de Visscher, *Théories...*, *op. cit.*, p. 405.

Le conflit de titres naît en pratique entre deux Etats : celui qui invoque les droits exclusifs de sa souveraineté sur une certaine partie du domaine public international et celui qui invoque son droit à utiliser librement le domaine public et, par conséquent, qui affirme l'appartenance de l'espace en question au domaine public.

Le problème se pose en des termes différents, en ce qui concerne le domaine maritime et le domaine aérien, en raison de l'existence, dans ce dernier cas, de conventions multilatérales précises.

Mais l'unité est faite dans le problème de la délimitation des compétences étatiques sur le domaine public international, par le rôle du principe d'effectivité dans cette question : les limites du domaine public international sont, en l'absence de convention, déterminées par la mise en œuvre du principe d'effectivité ; ces limites sont modifiées de la même manière ; ainsi apparaît la fonction révisionniste de l'effectivité.

1° *La délimitation des compétences étatiques sur le domaine maritime.*

Les Etats jouissent de certaines compétences sur les zones de l'espace maritime les plus proches de leur territoire : on distingue traditionnellement la zone territoriale, la zone contiguë et la haute mer ; seule, cette dernière, qui est soumise au principe de la liberté de circulation, échappe à toute compétence étatique particulière ; encore doit-on tenir compte du problème posé par les installations étatiques en haute mer, qui est d'ailleurs lié à celui des droits des Etats riverains sur le plateau continental.

Tous ces problèmes, relatifs à la délimitation des compétences étatiques sur le domaine maritime, soulèvent de nombreuses controverses doctrinales (81) ; leur solution n'a pas été définitivement posée en droit positif. Il apparaît cependant que le principe général à partir duquel s'élaborent les solutions du droit positif pour régler le conflit entre les prétentions étatiques sur le domaine maritime et l'appartenance à ce domaine est le principe d'effectivité.

a) *Les limites de la mer territoriale.*

Le problème de la délimitation de la mer territoriale a soulevé, en doctrine, de difficiles controverses.

(81) G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, Sirey, Paris, 1932, III tomes. France de Hartingh, *Les conceptions soviétiques du droit de la mer*, L.G.D.J., Paris, 1960, 198 p.

Le droit positif n'a pas apporté à ce problème de solution définitive (82).

Mais il est, en tout cas, bien établi que le principe d'effectivité joue, pour la détermination de la largeur de la mer territoriale, un rôle déterminant.

Dès la fin du XIX[e] siècle, une règle coutumière (énoncée notamment par Byndershoek) fixait la largeur de la mer territoriale à une lieue marine (évaluée forfaitairement à trois milles) : cette largeur correspondait à la portée *effective* des grosses pièces d'artillerie côtière en usage à cette époque.

L'état était donc pleinement souverain sur une zone détachée du domaine maritime, dans laquelle il pouvait *effectivement* exercer ses pouvoirs exclusifs (83). Ainsi, se trouvait définie, à partir d'un critère théorique, certes (la portée des canons), mais très concret dans son principe, la règle énoncée plus tard par la C.I.J. et en vertu de laquelle « c'est la terre qui confère à l'Etat riverain un droit sur les eaux qui baignent ses côtes (84).

La distance forfaitaire des trois milles et l'exercice de compétences effectives depuis la côte correspondaient alors exactement ; mais les progrès de l'artillerie ont introduit un divorce entre ces deux notions, et ont conduit certains Etats à remettre en question la largeur des eaux territoriales. Les Etats éprouvèrent, de plus en plus fréquemment, le besoin d'exercer certaines compétences au-delà de la limite des trois milles ; en 1876, l'opposition étant devenue flagrante entre la portée effective du canon et son évaluation forfaitaire fixant la largeur de la mer territoriale, la Grande-Bretagne, principale puissance maritime, a abrogé toutes ses lois antérieures (*Hovering acts*) relatives à la délimitation de la zone

(82) Seule une convention multilatérale pourrait, semble-t-il, apporter cette solution ; les travaux de la commission du droit international et de la conférence sur le droit de la mer se sont efforcés d'en préciser le contenu : cf. annuaire de la commission du droit international. Rapport secrétaire général (A/Conf. 13/20, A/Conf. 13/33).

(83) Nous n'analyserons pas les controverses relatives aux diverses méthodes possibles pour la détermination de la ligne de base. Aucune règle générale n'existe sur ce point en droit positif ; on peut seulement constater que l'effectivité d'une certaine pratique est prise en considération par le droit international (cf. sur ce point l'affaire des *Pêcheries du* 18 *décembre* 1951, C.I.J., Recueil 1951, p. 139. AUBRY J.M., *Les problèmes de la mer territoriale devant la C.I.J.*, Journal de droit international, 1953, p. 24. Ch. de VISSCHER, *Théories, op. cit.*, p. 394.

(84) C.I.J., Recueil 1951, p. 133. Le régime des baies historiques, resté sans solution en 1958 à la conférence sur le droit de la mer, est une des applications de l'effectivité par consolidation progressive d'une situation objective : la baie historique est celle sur laquelle l'Etat riverain a exercé effectivement des droits souverains de façon continue et durant une longue période sans soulever d'opposition chez les Etats-tiers. (Cf. de VISSCHER, *op. cit.*, p. 395).

territoriale. De nombreux Etats ont adopté la même attitude. Une grande anarchie s'est ainsi instaurée dans la délimitation de la mer territoriale (unilatéralement effectuée par les Etats).

Le critère de la possession effective, déterminée par la portée réelle du canon, a aujourd'hui disparu; le droit international n'est donc plus en mesure, en l'absence d'une convention multilatérale, de déterminer la limite des eaux territoriales (85).

Ceci ne signifie nullement que le critère de l'effectivité ait perdu sa valeur : simplement son application à la détermination de la largeur de la mer territoriale ne fournit plus aujourd'hui de solution simple.

Les conférences sur le droit de la mer de 1930, 1958 et 1960 n'ont pas pu fixer la largeur de la mer territoriale. Celle-ci se trouve simplement limitée à une largeur maximum de douze milles.

Les discussions classiques soulevées par le problème de la détermination des lignes de base et celui des baies historiques ne sont pas définitivement closes. La Conférence de 1960 n'a fixé aucune limite à l'emploi de la méthode des lignes de base droites et a fixé à 24 milles la limité fixée pour la transposition de cette méthode aux baies (86).

b) *Les limites de la zone contiguë.*

Il n'existe pas d'autre règle, en droit international positif, concernant l'étendue de l'exercice des droits de l'Etat riverain sur ses eaux adjacentes, que la minima, en vertu de laquelle tout Etat riverain possède sur les eaux adjacentes le faisceau de droits inhérents à la souveraineté, sur une largeur de trois milles, et au-delà, pour certains intérêts déterminés, certaines compétences fragmentaires, dans la zone continguë, dont la largeur est incertaine, mais dont l'existence est incontestée (87).

La zone contiguë apparaît donc comme un terrain de compromis entre le principe de la liberté de la haute mer et les aspirations des Etats riverains désireux d'y étendre leur emprise. Ce compromis n'a pas encore été « stabilisé » en droit positif ; en l'absence d'une

(85) Cf. GIDEL, *op. cit.*, t. III, p. 16 et s.

(86) Rappelons à ce sujet l'arrêt de la C.P.A. dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, opposant les Etats-Unis à la Grande-Bretagne (7 septembre 1910, SCOTT, p. 190). Dans cette décision la Cour a admis que *l'usage établi*, c'est-à-dire effectif, est le seul fondement à la validité du titre à une baie historique. La conférence de 1960 a largement tenu compte des principes de solution posés par la C.I.J. dans l'affaire des *Pêcheries anglo-norvégiennes* (C.I.J., 1951, p. 138) : l'arrêt a notamment admis qu'un titre valable s'établit par l'exercice paisible et effectif : le silence des autres Etats permet de leur opposer ce titre.

(87) Cf. GIDEL, *op. cit.*, t. III, p. 135.

convention multilatérale, la délimitation et le régime juridique de la zone contiguë restent frappés d'incertitude. Mais les controverses doctrinales et l'état du droit positif sur ce point montrent bien le rôle important tenu dans ce domaine par le principe d'effectivité.

En effet, en établissant une zone à compétence entière (souveraineté sur la mer territoriale), on était conduit nécessairement à en limiter strictement la largeur. Mais, par ailleurs, les progrès des techniques modernes de navigation et aussi de surveillance, d'intervention, d'interception, etc., permettent à l'Etat riverain (et l'obligent) d'intervenir au-delà des trois milles marins. *C'est parce que l'effectivité de la puissance de l'Etat riverain se prolonge aujourd'hui au-delà de la distance des trois milles* (ancienne portée du canon), que certaines compétences sont reconnues aux Etats riverains au-delà de la mer territoriale, dans une zone de haute mer contiguë à celle-ci (88).

La notion de zone contiguë (incertaine, mal définie et qui prête à de nombreux abus) est la traduction des besoins permanents à la satisfaction desquels l'ancienne notion de portée de canon ne permet plus de répondre. La Convention sur le droit de la mer de 1960 a consacré l'existence de cette zone et en a fixé la largeur maximum à douze milles à partir de la ligne de base utilisée pour la détermination de la mer territoriale.

Si l'Etat riverain est compétent, selon les termes mêmes de la Convention sur le droit de la mer de 1960 pour prévenir et réprimer les contraventions commises (ou à commettre) sur son territoire ou dans sa mer territoriale, à ses lois de police douanière, fiscale, sanitaire ou d'émigration, par ses interventions dans la zone contiguë, c'est bien en raison de l'effectivité des compétences qu'il y exerce (89).

c) *La délimitation des compétences des Etats riverains sur le plateau continental et les installations étatiques sédentaires en haute mer.*

Le problème de l'établissement de compétences étatiques sur des installations fixes en haute mer est complexe.

Le problème posé par l'existence de telles installations en haute mer est double : d'une part, ces installations risquent de porter atteinte à la liberté de circulation en haute mer ; d'autre part, à

(88) Cf. REUTER, *Droit international public, op. cit.*, p. 218.

(89) Cf. R.F. CHARLIER, *Résultats et enseignements des conférences du droit de la mer*, A.F.O.I., 1960, pp. 63 à 110.

quelles conditions un Etat peut-il valablement établir des compétences exclusives sur une installation en haute mer : ses compétences sont-elles subordonnées à une reconnaissance expresse des autres Etats, une reconnaissance simplement tacite (absence de protestation) suffit-elle, une notification préalable aux Etats intéressés est-elle nécessaire ?

La doctrine a longuement étudié ces questions sur le plan des principes ; une première distinction s'impose : certaines installations, qui sont mises en place en haute mer par un Etat dans un but de service public international et qui profitent à tous (comme des phares, des bouées, destinés à faciliter la navigation, par exemple) sans gêner la libre navigation, ne soulèvent pas de contestation de principe ; leur régime est, d'ailleurs fréquemment, régi par des conventions internationales (90). Au contraire, le problème de la validité des compétences étatiques est posé par la mise en place d'installations fixes effectuées dans l'intérêt exclusif d'un ou de quelques Etats.

Pour certaines installations fixes, ce problème est purement théorique et ne s'est jamais posé en pratique ; c'est le cas, par exemple, de l'installation de bases d'hydravions en haute mer ou de la construction d'un pont sur la Manche ; il n'est pas établi avec certitude que ces installations ne puissent être réalisées valablement, au regard du droit international, qu'à la condition de recevoir l'agrément préalable de tous les autres Etats (91).

Ces problèmes sont purement théoriques ; ils ne se sont posés, en pratique, jusqu'ici qu'à l'occasion de l'utilisation par les Etats riverains des richesses du sol ou du sous-sol marin et, en particulier, des ressources du plateau continental.

La licéité des installations étatiques en haute mer apparaît donc liée au problème de la délimitation des compétences des Etats riverains sur le plateau continental.

Les premières prétentions des Etats à exercer des compétences en dehors de la mer territoriale et de la zone contiguë, sur des

(90) C'est le cas par exemple des navires-météorologiques de l'Atlantique nord prévus par le chapitre XV de la Convention de Chicago. C'est le Conseil de l'O.A.C.I. qui administre ce véritable service public international. Cf. MANKIEWICH, *Rôle du Conseil de l'O.A.C.I. comme administrateur des services de navigation aérienne,* Revue française de droit aérien, 1954, p. 223.

(91) En ce qui concerne la mise en place d'un pont sur la Manche, il apparaît toutefois que le problème posé est spécifique en raison de la gêne et du danger certain qu'un pareil ouvrage pourrait occasionner pour la navigation : l'accord préalable des principaux Etats intéressés au trafic maritime sur la Manche serait sans doute nécessaire pour sa construction.

installations fixes, ont, en effet, été suscitées par l'existence de pêcheries sédentaires (92).

L'établissement de ces pêcheries n'a soulevé aucune protestation de la part des Etats tiers. La validité de cette extension des compétences territoriales des Etats est donc établie, bien que ces pêcheries (93) portent indiscutablement atteinte à la liberté de navigation en haute mer.

De même, les installations fixes établies en haute mer par certains Etats pour exploiter certaines richesses du sol ou du sous-sol marin, et surtout du pétrole, portent atteinte à la liberté de la haute mer ; certains puits installés dans le golfe du Mexique nécessitent l'installation de plates-formes de 500 m², ce qui condamne toute navigation dans les parages, en raison des risques d'abordage, mais surtout d'explosion.

Ces installations portent également atteinte aux espèces sédentaires qui vivent sur le lit de la mer, à cause de la pollution des fuites de pétrole.

Pourtant, certains Etats ont proclamé leurs droits exclusifs d'utilisation du plateau continental des mers adjacentes à leurs territoires, surtout depuis 1945. Ces proclamations ont soulevé très peu de protestations. Cette absence de protestation permet d'affirmer que les prétentions des Etats côtiers sur le plateau continental sont valables (94).

La Commission de droit international et les conférences de la mer de 1958 et 1960 ont longuement étudié ce problème. Aux termes du projet de convention élaboré en 1960, « le lit de la mer et le sous-sol des régions sous-marines adjacentes aux côtes, mais situées en dehors de la mer territoriale, jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au-delà de cette limite, jusqu'au point où la

(92) On peut désigner par cette expression deux sortes de pêcheries : celles qui comportent la cueillette d'espèces fixées au sol marin ou bien celles qui ont pour but la capture d'espèces mobiles mais qui, pour cette capture, utilisent des installations fixes. Les pêcheries sédentaires les plus connues sont celles de Granville, d'Irlande, de Tunisie, de Ceylan, d'Australie occidentale.

(93) Selon l'expression du Professeur GIDEL, « les conditions de validité des pêcheries sédentaires se ramènent essentiellement à l'usage effectif et prolongé d'une partie de la haute mer aux fins de pêcheries sédentaires, sans que les autres Etats, et spécialement ceux qui pourraient, du fait de leur situation géographique, faire valoir des objections particulières, aient opposé à cet usage des protestations formelles et persistantes », GIDEL, *op. cit.*, p. 501.

(94) Cf. à propos des progrès récents en matière d'exploitation des ressources du plateau continental : MOUTON, *Continental shelf*, La Haye, 1952. *Nascimento Ceccato Gastao*, L'évolution juridique de la doctrine du plateau continental, Paris, Pedone, 1955. DEVAUX-CHARBONNEL, *Le régime juridique de la recherche et de l'exploitation du pétrole dans le plateau continental*, A.F.D.I., 1956, p. 320 et s.

profondeur des eaux susjacentes permet l'exploitation des ressources naturelles des dites régions » (art. 1er) ; l'article 2 de ce projet de convention détermine le régime juridique du plateau continental sur lequel l'Etat riverain exerce des droits souverains et exclusifs aux fins de l'exploration et de l'exploitation ; aux termes du paragraphe 3 de cet article, « les droits de l'Etat riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective, aussi bien que de toute proclamation expresse ».

Il faut remarquer que le problème des installations en haute mer n'est pas associé, dans ce projet de convention, à celui de la détermination des compétences de l'Etat riverain sur le plateau continental, alors que les deux problèmes sont en fait liés.

Si ce projet de convention était adopté, il marquerait évidemment un recul du principe d'effectivité en droit positif.

Ce projet propose, en effet, deux définitions du plateau continental : la première, qui fixe la limite du plateau continental à deux cents mètres, est arbitraire : la configuration du socle sous-marin est, en effet, variable et plusieurs socles successifs peuvent être relevés. La seconde repose sur l'idée d'effectivité (que le projet rejette par ailleurs), puisqu'il est admis que le plateau continental s'étend jusqu'au point où la profondeur des eaux permet l'exploitation effective des ressources naturelles ; le progrès des techniques d'exploitation sous-marine permettrait, au terme de ce projet, aux Etats les plus développés techniquement d'exploiter librement les plus grands fonds marins. Ainsi, ce texte, qui s'efforce de rejeter toute référence au principe d'effectivité, lui donne, en fait, une portée indéfinie (95).

En l'absence d'une convention multilatérale, le droit positif est contesté, en ce qui concerne la délimitation des compétences étatiques sur le plateau continental, aussi bien que la validité des installations en haute mer.

Il résulte cependant de la pratique actuelle des Etats que les installations en haute mer et l'exploitation des richesses maritimes sont licites, à la condition que l'Etat en cause apporte la preuve d'un usage effectif et prolongé d'une partie de la haute mer. L'effectivité de l'installation ou de l'exploitation crée donc un titre valable au profit de l'Etat en cause (96).

(95) Cf. Reuter, *Droit international, op. cit.*, p. 225. G. Scelle, *Plateau continental et droit international*, Paris, Pedone, 1955, 62 p.

(96) En l'absence de protestation des autres Etats la validité de ce titre est certaine ; si les Etats intéressés expriment des protestations purement verbales, non accompagnées d'une action effective dans le domaine considéré, il semble que la validité de l'exercice des compétences de l'Etat en cause n'est pas atteinte.

En conclusion, c'est l'effectivité qui fonde, dans l'état actuel du droit positif, la validité de l'exercice des compétences étatiques sur le domaine public maritime ; l'effectivité manifeste par là sa fonction révisionniste, puisque c'est elle qui permet de modifier les limites du domaine international maritime et de porter atteinte à son intégrité.

La même conclusion peut être étendue à la délimitation des compétences étatiques sur le domaine atmosphérique.

2° *La délimitation des compétences étatiques sur le domaine atmosphérique.*

L'air, l'atmosphère, constituent, en principe, un élément du domaine public international, insusceptible par nature de donner prise à l'exerce de compétences étatiques exclusives ; la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 et ses annexes (97) fixent les règles du droit positif dans ce domaine ; bien que certains Etats, comme l'U.R.S.S., n'aient pas signé cette convention, on peut considérer comme une règle de droit positif le principe posé par les articles 1[er] et 2 du traité, selon lequel les Etats sont souverains sur l'espace aérien qui les surplombe : le droit positif a donc vidé de son contenu le principe de l'appartenance de l'espace aérien au domaine public international ; la souveraineté l'a emporté sur la liberté. Le principe de la souveraineté, admis pour des raisons économiques et militaires, est d'ailleurs limité dans sa mise en œuvre par les exigences du commerce international : l'autorisation de l'Etat survolé n'est requise, en principe, que pour les aéronefs accomplissant un service régulier.

Mais les progrès de la technique posent de nouveau le problème de la délimitation des compétences étatiques sur le domaine atmosphérique : les compétences des Etats doivent-elles recevoir une limitation ? (98).

(97) R.Y. Jennings, *Some aspects of the international law of the air*, R.C.A.D.I., 1945.75.513. P. de la Pradelle, *Les frontières de l'air*, R.C.A.D.I., 1954.86, 121. J. Lacombe et M. Saporta, *Les lois de l'air*, Paris, Editions internationales, 1953.

(98) On peut noter ici une limitation particulière de cette souveraineté, en matière de télécommunications. Pour aménager l'utilisation du spectre par les différents Etats. deux méthodes sont possibles ; le droit à la fréquence est fonction de l'usage effectif : un Etat aura droit à une fréquence parce qu'il l'utilise effectivement ; ce système anarchique s'accomode d'une période où des fréquences sont encore disponibles : il a été suivi en droit international jusqu'en 1947 ; depuis lors c'est la méthode de l'assignation conventionnelle qui est utilisée ; la répartition des fréquences est assurée par la voie de conventions internationales conclues sous le contrôle du Comité international d'enregistrement des fréquences (I.F.R.B.) ; la répartition tient le plus grand compte de l'utilisation effective des fréquences ; une fréquence inutilisée peut être attri-

Les lancements de satellites (99) et de missiles intercontinentaux ont posé avec acuité le problème du régime juridique de l'espace atmosphérique ; doit-il être soumis au principe de la souveraineté des Etats, ou être incorporé au domaine international et se trouver, par là, soumis au principe de la liberté ?

En fait, les Etats ont été amenés à tolérer le survol de leurs territoires par des engins qui se déplacent à une vitesse supérieure à celle des aéronefs ordinaires et vont jusqu'à quitter la couche atmosphérique terrestre.

La question se pose, en l'absence de toute convention multilatérale, de savoir si ces engins violent la souveraineté des Etats qu'ils survolent.

Cette question est d'autant plus importante que ces engins sont susceptibles d'utilisations militaires multiples (100) et que leur chute sur le territoire d'un Etat peut avoir des conséquences extrêmement dommageables (101).

Le principe de droit positif selon lequel les Etats sont souverains sur l'espace atmosphérique sur-jacent à leurs territoires doit-il, dans ces conditions, être révisé ? Quel est le titre qui doit l'emporter : le titre de souveraineté des Etats ou celui de l'appartenance de l'atmosphère au domaine public international, au-delà d'une certaine altitude ?

La Commission, désignée par l'Assemblée générale de l'O.N.U., le 24 novembre 1958, sur la proposition américaine (la délégation soviétique était absente, la proposition russe, qui demandait que les représentants du bloc communiste fussent en nombre égal à ceux du bloc occidental, indépendamment de la présence de repré-

buée dans certaines conditions à un autre Etat : les assignations de fréquence notifiées avant leur mise en œuvre sont inscrites à titre provisoire et ne sont définitives que si la mise en œuvre effective en est confirmée dans les 30 jours, faute de quoi elles sont annulées. Autant d'application de l'effectivité. Cf. G. A., *Codding the international communication union Leiden.* J. Brill, 1952, nombreux articles publiés dans le journal des télécommunications (publié par l'O.I.T.) R. Goy, *La répartition des fréquences en matière de télécommunications,* A.F.D.I., 1959, pp. 569 à 591 et ici p. 589.

(99) Le premier satellite soviétique, spoutnik I, a été mis sur orbite le 4 octobre 1957.

(100) Les techniciens distinguent les satellites de reconnaissance, de guet permanent, de navigation, porteurs d'armes, etc. L'amiral français Cabanier affirme qu'un objet d'un mètre de long disposé à la surface de la terre n'échappe pas aux caméras d'un engin « espion » volant à plus de 10.000 mètres d'altitude ; selon cet officier, « le satellite » Vostok « montre qu'il est dès maintenant possible de concevoir un satellite porteur d'armes nucléaires ainsi stockées dans l'espace et susceptibles d'être lancées sur un endroit quelconque de la terre, sur un commandement venu du sol » (interview au *Figaro,* 13-14 mai 1961).

(101) Surtout s'ils sont porteurs de bombes de grande puissance.

sentants d'Etats non engagés, n'ayant pas été acceptée) (102) s'est réunie à New York, du 6 mai au 25 juin 1959, pour préparer le règlement des problèmes internationaux posés par l'utilisation de l'espace. Ses travaux n'ont pas abouti, pas plus que ceux des organismes qui lui ont succédé (103).

En l'absence de toute réglementation, la pratique des Etats est, dans ce domaine, très anarchique ; seuls, les Etats-Unis et l'U.R.S.S. utilisent pratiquement, en dehors de tout contrôle, l'espace atmosphérique.

Mais la doctrine a longuement étudié le problème de la délimitation de la zone de souveraineté étatique dans l'espace aérien.

Trois conceptions principales ont été exposées sur ce point.

— Certains auteurs, à vrai dire peu nombreux, glosant l'adage romain selon lequel « *cujus est solum ejus est usque ad coelum* », affirment que la souveraineté de l'Etat s'étend sur l'espace sur-jacent jusqu'à l'infini (104).

Cette théorie est insoutenable, pour des raisons scientifiques, comme l'a montré M. Jenks (105) :

« La projection de la souveraineté territoriale d'un Etat au-delà de l'atmosphère qui est au-dessus de son territoire serait en ridicule disproportion avec les dimensions de l'univers... D'autre part, la projection dans l'espace de souverainetés fondées sur le territoire aboutirait à une série de cônes contigus de forme différente, dont le contenu serait continuellement changeant par suite du mouvement de la terre et des autres corps célestes ». Toutes les délégations de l'Assemblée générale de l'O.N.U,. en 1958, ont, semble-t-il, rejeté cette première théorie.

(102) Dans la conception américaine le comité devait être composé de dix huit membres (avec 12 occidentaux, 3 soviétiques et 4 neutres) ; dans la conception soviétique il serait composé de 4 occidentaux, 4 soviétiques et 3 neutres.

(103) Il résulte des travaux de cette commission que la question de savoir où commence l'espace extra-atmosphérique est insusceptible d'une étude immédiate, ce qui est paradoxal, car ce problème paraît bien préalable à tous les autres dans ce domaine. Le 18 décembre 1954 a été institué par l'Assemblée générale de l'O.N.U. un nouveau comité chargé d'organiser l'utilisation pacifique de l'espace extra-atmosphérique. Ce comité auquel participent les pays de l'Est a pour mission de réunir une conférence internationale chargée d'étudier les problèmes posés par l'utilisation pacifique de l'espace. Mais il n'a pas abordé le problème de la définition ni des limites de l'espace atmosphérique.

(104) Cf. par exemple, R.C. Hingorani, *La souveraineté sur l'espace extra-atmosphérique*, R.G.A., 1957, n° 3, pp. 248-252. Michael Wilde, *En marge des problèmes de caractère juridique de l'espace au dessus du territoire d'un Etat*, Revue du droit contemporain, 1958, n° 1.

(105) M. Jenks, *International law and activities in space. International dans comparative law quaterly*, janvier 1956 vol. 5, p. 99 et s. Cf. aussi Prince de Hanovre, *Droit aérien et de l'espace*. Thèse université de Göttingen, 1953.

— D'autres auteurs, plus nombreux, soutiennent que la souveraineté de l'Etat est limitée *à l'espace atmosphérique sur-jacent.* Ces auteurs fondent leur conviction sur la différence de nature qui existe entre l'espace atmosphérique et l'espace extra-atmosphérique. Ils invoquent, à l'appui de leur opinion, les termes employés par les conventions de Paris et de Chicago qui limitent la souveraineté de l'Etat à « l'espace atmosphérique » sur-jacent.

Mais la difficulté devient alors de définir la notion d'espace atmosphérique et d'établir la limite de cette zone avec l'espace extra-atmosphériques. Certains juristes adoptent le terme espace aérien ou atmosphérique dans sa signification physique et proposent de considérer que la souveraineté d'un Etat s'étend exclusivement dans les limites de l'atmosphère (106). Cette théorie, simple en apparence, a un inconvénient pratique important : la délimitation de l'espace atmosphérique à partir de données scientifiques aboutit à le limiter bien au-dessus de l'altitude à laquelle se déplacent les satellites et les fusées atmosphériques qui existent actuellement.

Pour remédier à cette difficulté, certains auteurs proposent de considérer que l'espace aérien est défini par le type des appareils qui l'utilisent : les Etats seraient souverains sur l'espace utilisé par les appareils de type classique. Mais la notion d'appareil de type classique manquant de précision, ces auteurs sont conduits à fixer forfaitairement l'altitude à laquelle l'espace aérien ainsi défini doit être limité : ils fixent cette altitude à une distance de l'ordre de 120 km, qui est celle à laquelle l'atmosphère terrestre influe encore notablement sur le déplacement d'un navire cosmique (107).

Cette théorie, qui pourrait être adoptée dans une convention multilatérale, n'a aucun intérêt pratique, car la controverse restera toujours ouverte sur la fixation de l'altitude forfaitaire en question, qui ne peut être qu'arbitraire.

— Aussi, la théorie, qui nous paraît la plus utile et la plus proche de la réalité, est-elle celle de l'effectivité.

Selon cette théorie, la souveraineté s'étend exclusivement à l'espace que l'Etat peut effectivement contrôler ; le principe d'effectivité impose donc une limite spatiale au domaine aérien

(106) Cf. par exemple MAYER, *Rapport à la 48e conférence de l'association de droit international,* 1958. Andrew G. HALEY, *La souveraineté dans l'espace,* Revue de droit contemporain, Bruxelles, décembre 1960, pp. 13 à 21. La délimitation scientifique de l'espace aérien a été opérée à partir de données physico-chimiques ; elle a permis le tracé d'une ligne précise dite ligne de Von Karman.

(107) LIPSON et Mc DOUGAL, *Perspective for a law of outer space,* A.J.I.L., juillet 1958, pp. 407-431.

de l'Etat, limite qui reculera évidemment avec les progrès de la technique, comme les limites de la zone contiguë ont reculé avec les changements survenus dans la pratique de la navigation. Cette opinion, soutenue par d'éminents juristes (108), peut paraître violer l'égalité des Etats ; mais elle correspond à l'état actuel de la pratique internationale et au principe général d'effectivité.

L'U.R.S.S. et les Etats-Unis ont pris, dans le domaine de l'activité spatiale, une avance qui paraît pratiquement impossible à combler (109) ; il semble donc vain, en l'absence d'une convention internationale d'ailleurs hautement désirable, qui permettrait, comme la Convention de Chicago sur l'espace aérien, de préserver les droits des Etats moins puissants sur le plan de la sécurité et sur le plan économique, de poser une théorie détachée de la réalité.

Dans l'état actuel du droit international, il apparaît que la souveraineté des Etats sur l'espace se limite à la couche atmosphérique qu'ils contrôlent effectivement (110).

Dans la délimitation des compétences étatiques sur le domaine atmosphérique, l'effectivité manifeste donc encore sa fonction révisionniste ; c'est par l'effectivité que les compétences étatiques se trouvent déterminées et limitées sur ce domaine.

Il résulte des développements précédents que les conflits de compétences sont tranchés en application du principe d'effectivité : le titre le meilleur est le titre effectif. Par l'établissement d'un titre effectif, le titre ancien se trouve donc révisé radicalement, puisqu'il perd sa validité, sa force obligatoire.

Mais il est un autre domaine dans lequel l'application du principe d'effectivité permet la solution d'un conflit de titres juridiques : c'est celui des traités successifs incompatibles, que nous allons examiner.

Section II

LES TRAITES INCOMPATIBLES

Le problème de l'incompatibilité des traités fournit un exemple important de la fonction révisionniste de l'effectivité (111). Pour

(108) Kelsen, *The général theory of law and state, op. cit.*, *Verdross.* (droit international). Volkerrecht, 2e Aufllage, 1951, p. 173. Redslob, *Traité de droit des gens*, 1950, p. 174.

(109) A. Ducrocq, *Victoire sur l'espace*, Paris, 1959, 61 p.

(110) C'est la raison pour laquelle les avions espions qui volent à une altitude où ils peuvent être arraisonnés, sont interceptés valablement, alors que les satellites artificiels par exemple, dont le caractère inoffensif n'est pourtant pas établi, circulent impunément.

(111) Cf. Tucker, *op. cit.*

le montrer, il convient d'abord de délimiter strictement le problème posé.

Deux traités conclus entre les mêmes sujets de droit peuvent être incompatibles, leurs dispositions étant, en tout ou en partie, contradictoires. Nous n'examinerons pas cette hypothèse, qui soulève peu de difficultés au point de vue qui nous intéresse ; c'est le deuxième traité qui est, en effet, valable et qui a force obligatoire ; sa conclusion équivaut à la révision implicite du traité antérieur (112).

Deux traités, conclus entre des sujets de droit différents (A, B et C, d'une part, D, E, F et G, d'autre part, par exemple), peuvent également être incompatibles : cette hypothèse ne soulève, en général, aucune difficulté : chaque traité est valable et obligatoire pour les sujets du droit qui y sont parties (113).

Enfin, une troisième hypothèse, que nous examinerons ici, pose un problème difficile : si un (ou plusieurs) sujet de droit international est (ou sont) partie à deux traités, dont les dispositions sont partiellement ou totalement incompatibles, lequel de ces deux traités aura-t-il force obligatoire (alors que, par hypothèse, un seul d'entre eux peut être exécuté) ? Ce problème peut se poser, si un traité bilatéral conclu entre deux Etats A et B est incompatible avec un traité ultérieur conclu entre les Etats B et C, par exemple, ou si un traité multilatéral, conclu entre les Etats A, B, C et D, est incompatible avec un traité bilatéral conclu entre D et E, ou un traité multilatéral conclu entre D, E et F, par exemple.

L'une des questions posées par cette hypothèse est celle de savoir si un principe général permet de déterminer lequel de ces deux traités incompatibles est doté de force obligatoire ?

Le droit positif révèle que le traité obligatoire est le traité effectif : c'est le principe d'effectivité qui permet, ici encore, de trancher le conflit qui oppose les deux titres en présence.

La doctrine a admis cette solution après de nombreuses controverses.

(112) On invoque ici, par analogie avec la solution du droit privé, l'adage *lex posterior derogat anteriori*. Le droit positif offre de nombreux exemples de cette solution ; Cf. par exemple C.P.J.I., Arrêt du 30 août 1924. Affaire *Mavrommatis*, Série A-B, n° 9, pp. 30-31. Avis consultatif du 16 mai 1925. Affaire du *service postal polonais à Dantzig*. Avis consultatif du 8 décembre 1925. Affaire de la *compétence de la commission européenne du Danube*, A.B., n° 25, p. 23. Arrêt du 7 juin 1932. Affaire des *zones franches*. Série A.B., n° 46, p. 158. Il convient de remarquer que la même solution s'impose pour les mêmes raisons dans l'hypothèse où le second traité est conclu par toutes les parties au premier traité et par de nouveaux contractants.

(113) Cf par exemple, FITZMAURICE, 3e *rapport sur le droit des traités*, annuaire 1958, t. II, p. 27.

A. — Le droit positif et le problème des traités incompatibles.

La pratique internationale offre de fréquents exemples de traités incompatibles ; la conclusion du traité postérieur incompatible est une procédure souvent utilisée en pratique pour modifier les règles juridiques posées par le premier traité, dans le cas où toutes les parties à ce traité ne tombent pas d'accord pour procéder à sa révision. L'acte ainsi accompli, en violation des obligations préalablement consenties et non régulièrement révisées, semble, dès l'abord, illégal. La pratique internationale et la jurisprudence internationale montrent cependant que le droit positif ne tire pas de cette incompatibilité la conséquence qui semblerait s'imposer, à savoir la nullité du deuxième traité.

1° *La pratique internationale.*

De nombreux traités ont été conclus en violation d'un traité antérieur et exécutés malgré les protestations des Etats parties au premier traité et tiers par rapport au second.

Parmi les exemples les plus récents, on peut citer le conflit entre le traité de Locarno de 1925 et l'accord franco-soviétique de 1935, qui fournit à l'Allemagne un motif pour dénoncer le traité de Locarno (114).

Le conflit entre le traité de paix japonais, signé à San Francisco, le 13 août 1957, et les accords antérieurs, l'incompatibilité de ces traités, qui paraît incontestable, a été affirmée notamment par M. Chou en Laï, ministre des Affaires étrangères de la République populaire chinoise, et M. Gromyko, délégué de l'U.R.S.S. à l'O.N.U. (115) ; le conflit entre le pacte constitutif de la Ligue Arabe du 22 mars 1945 et le traité de défense commune et de coopération économique du 13 avril 1950, d'une part, et le pacte turco-irakien du 24 février 1955, d'autre part (116) ; le conflit entre les accords de Paris du 23 octobre 1954 et le traité franco-soviétique du 10 décembre 1944, d'une part, ainsi que du protocole de Genève du 7 juin 1925 et du traité anglo-soviétique de 1942, d'autre part ; le conflit entre les accords de Paris donnant naissance à l'O.T.A.N.

(114) Reitzen, *Le traité franco-soviétique est-il compatible avec le pacte de Locarno ?* R.D.L.I.C., 1937, p. 545.

(115) Cf. Durosselle, *op. cit.*, p. 645 (Chou en-Laï soutenait que ce traité faisait du Japon une véritable colonie américaine et supprimait le problème des réparations).

(116) Cocatre Zilgien, « *La compatibilité du pacte turco-irakien et des obligations antérieures des Etats signataires et A.F.D.I.*, 1955, p. 159.

et le régime conventionnel antérieur, qui amena l'U.R.S.S. et ses satellites à conclure, le 14 mai 1955, le pacte de Varsovie.

Tous ces exemples, ainsi qu'un certain nombre d'autres, confirment que le traité exécuté est souvent celui qui a été conclu en violation d'une obligation conventionnelle antérieure (117).

2° *La jurisprudence internationale.*

La jurisprudence internationale ne présente qu'un nombre limité de décisions relatives aux traités incompatibles et les principes qui peuvent en être dégagés ne sont pas très nets.

Un premier exemple, bien connu, est fourni par la jurisprudence de la Cour de Justice centre-américaine dans ses arrêts relatifs à la force obligatoire du traité Bryan-Chamorro. Dans sa sentence du 30 septembre 1916, rendue sur le problème de l'incompatibilité du traité Canâz-Jerez du 15 avril 1858 et du traité Bryan-Chamorro du 5 avril 1914, la Cour avait à régler la question suivante : En vertu du traité Bryan-Chamorro, le Nicaragua concédait aux Etats-Unis un droit d'option illimité pour la construction d'un canal réunissant l'Atlantique et le Pacifique et leur reconnaissait le droit d'établir une base navale dans la baie de Fonseca ; ce traité était-il compatible avec le traité Canâz-Jerez, aux termes duquel le Nicaragua s'était engagé envers le Costa Rica à ne conclure aucun traité comportant la cession, en vue de l'établissement d'un canal, de territoires situés sur la rive du fleuve frontière, le fleuve San Juan, sans consulter le Costa Rica ? La sentence de la Cour, saisie par le Costa Rica, fut rendue le 30 septembre 1917 (118), par 4 voix contre 1, celle du Nicaragua. Elle recevait complètement la thèse de Costa Rica et condamnait le Nicaragua, estimant que le traité Bryan-Chamorro était à la fois contraire au traité Canâz-Jerez et à l'article 9 du traité général de paix et d'amitié conclu le 20 décembre 1917 entre les cinq républiques américaines. Mais la Cour n'a pas pour autant prononcé l'annulation du traité Bryan-Chamorro ; elle n'a même pas condamné le Nicaragua à des dommages-intérêts envers le Costa Rica comme elle aurait dû le faire ; le traité Bryan-Chamorro, effectivement appliqué, est donc demeuré valable à la suite de cette décision toute platonique.

(117) Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires en droit international*, R.G.D.I.P., 1932, p. 133. Mac Nair, *The law of treaties*, p. 117 et s. Quincy Wright, *Conflict botween international law and treaties*, A.J.I.L., XI.1917, 576 et s. Kunz, *The meaning and the range of the norm* pacta sunt servanda, A.J.I.L., XXXIX.1945, pp. 192-195.

(118) A.J.I.L., 1917, pp. 181-229, et supplément pp. 3-13.

Quelque temps plus tard, le Nicaragua intentait une action analogue à celle du Costa Rica, devant la même juridiction, pour faire constater par la Cour l'incompatibilité du traité Bryan-Chamorro avec l'article 2 du traité centre-américain du 20 décembre 1907, principalement en ce qui concernait l'octroi, par le Nicaragua, d'une base militaire aux Etats-Unis dans la baie de Fonseca ; après avoir constaté l'incompatibilité des deux traités, la Cour s'est refusée à prononcer l'annulation du traité Bryan-Chamorro, considéré comme valable en raison de son effectivité.

De ces deux décisions, il résulte donc que le traité postérieur, incompatible avec un précédent traité, reste valable lorsqu'il est effectivement appliqué, même si la violation par l'une des parties de ses obligations réultant du premier traité est flagrante.

La Cour Permanente de Justice a pris une décision identique, dans le célèbre arrêt Oscar Chinn du 12 décembre 1934 (119). La Cour avait à appliquer à l'Allemagne la convention de Saint-Germain du 10 septembre 1919, établissant la liberté de navigation et l'égalité de traitement sur le Congo, fleuve international. Cette convention abrogeait l'acte général de Berlin du 26 février 1885 et l'acte général de Bruxelles du 2 juillet 1820, ainsi que la déclaration du même jour. Mais les conditions mises par l'acte de Berlin à son abrogation n'avaient pas été remplies en 1919 ; l'article 36 de l'acte de Berlin stipulait, en effet, que « Les puissances signataires du présent acte général se réservent d'y introduire ultérieurement, *et d'un commun accord*, les modifications ou améliorations dont l'utilité serait démontrée par l'expérience ». L'Allemagne n'avait pas participé à l'élaboration de la convention de Saint-Germain. La Cour n'a pas pris cette difficulté en considération et a décidé que le traité postérieur, effectivement appliqué, devait être considéré comme valable, même à l'égard de l'Allemagne. La fonction révisionniste de l'effectivité est ici très nette.

La décision de la Cour a d'ailleurs paru contestable à deux juges dissidents qui ont considéré que la convention de Saint-Germain était nulle et de nul effet, « parce qu'elle dépasse les limites que les auteurs de l'acte de Berlin se sont eux-mêmes fixées en souscrivant cet acte » (120).

Au contraire, la Cour a déclaré nul un traité postérieur incompatible avec une précédente convention, lorsque le deuxième traité

(119) Série A.B., n° 63.

(120) *Idem.*, pp. 131-135, cf. note Rousseau. Revue Gén. D.I., 1951, pp. 22-24 et F. Muuls, « *Le régime international du bassin du Congo* », Mélanges Mahani, 1935, t. II, pp. 216-227.

est demeuré ineffectif et inappliqué, dans son avis consultatif du 5 septembre 1931, sur l'incompatibilité du protocole de Genève du 4 octobre 1922 avec le protocole d'union douanière austro-allemand du 19 mars 1931. Par le protocole de 1922, l'Autriche s'était engagée à ne pas conclure de traités portant atteinte à son indépendance économique par l'octroi, à un Etat quelconque, d'un régime spécial ou d'avantages exclusifs. La Cour, ayant décidé que la tentative d'Anschluss de 1932 était incompatible avec le pacte de 1922 (121), a décidé que celui-ci était seul valable et devait être appliqué ; mais les circonstances particulières de l'affaire montrent que le traité de 1932 était resté ineffectif et inappliqué : en effet, tandis que la Cour était saisie, la crise économique atteignit l'Autriche, dont la principale banque (Oesterreichische Kredit Anstadt für Handel und Gewerbe) fit faillite, ce qui donna naissance à une panique générale, vite étendue à l'Allemagne. Les deux pays durent faire appel à la Société des Nations pour remédier à leurs difficultés financières ; comme la France était le seul pays qui ait échappé à la crise économique, cela revenait à faire indirectement appel à la France ; et celle-ci n'accepta de fournir son aide qu'à la condition que le projet d'union douanière soit abandonné; ainsi, en proclamant la non-validité du traité germano-autrichien, la Cour décidait-elle que le traité postérieur n'est pas valable s'il est ineffectif (122).

Tels sont les exemples que fournit la pratique et la jurisprudence internationales en matière de traités incompatibles ; la doctrine, par ailleurs, s'est efforcée de dégager les principes juridiques régissant cette matière.

B. — La doctrine et le problème des traités incompatibles.

Le problème des traités incompatibles est résolu différemment par les auteurs qui adoptent des conceptions volontaristes et par ceux qui ont un point de vue objectiviste.

(121) La question de savoir si les deux conventions étaient réellement incompatibles prête d'ailleurs à discussion : pour établir cette incompatibilité il eut fallu en effet prouver que le régime ou les avantages économiques consentis par l'Autriche à l'Allemagne en 1932 était de nature à menacer l'indépendance économique de l'Autriche, ce qui n'est pas certain. Cf. B. Nolde, « *Le problème international de l'union douanière Austro-Allemande* », R.G.D.I.P., 1932, pp. 261-359 ; J. Basdevant, *La condition internationale de l'Autriche*, Thèse, Paris, 1935, pp. 163-171.

(122) Cf. aussi les problèmes de compatibilité posés par les rapports entre l'O.E.C.E. et le G.A.T.T. Reuter, *Cours d'organisations européennes*, 1959-60, p. 212 et s. et Europeus, *La crise de la zone de libre échange*, Paris, Plon, 1959.

1° *Les théories volontaristes.*

Ces théories doivent être abandonnées, car elles ne correspondent pas au droit positif ; elles reposent sur une assimilation des traités aux contrats.

Le principe général invoqué ici est celui de la bonne foi : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, disent en substance ces auteurs, à condition d'avoir été conclues de bonne foi (123).

L'Etat (ou les Etats) partie (s) aux deux traités incompatibles a violé la règle « *pacta sunt servanda* » et le principe de bonne foi en concluant le deuxième traité : son engagement n'est donc pas valable; suivant la règle « *prior in tempore potior in jus* », c'est le premier traité qui aura force obligatoire (124).

Mais, quelle sera, dans ces conditions, la situation des Etats parties au second traité, qui n'avaient pas participé à la première convention ? Une distinction s'impose : si ces Etats connaissaient l'existence du premier traité, ils ont commis une violation du principe de bonne foi, une fraude, en se rendant « complice » de la violation commise par les Etats signataires du premier traité, en concluant la seconde convention : cette fraude permet de considérer que le deuxième traité est nul « *ab initio* », à l'égard de tous ses contractants. Le problème est plus complexe si certains Etats parties au second traité étaient dans l'ignorance du premier traité ; ils peuvent alors exciper de leur bonne foi et demander l'application du traité qu'ils ont signé valablement. Des discussions s'élèvent alors entre les auteurs volontaristes qui proposent des solutions différentes tendant à faire prévaloir l'un ou l'autre traité. Au vrai, logiquement, cette conception conduit à rendre simultanément valables et obligatoires les deux traités incompatibles ; « loin d'éliminer l'antinomie, cette théorie la perpétue en entraînant l'application simultanée de deux règles contradictoires (125).

Cette contradiction peut disparaître, si on admet, avec certains auteurs, que le deuxième traité, nul en principe, devient juridiquement opposable aux Etats parties au premier traité et tiers

(123) Cf. par exemple LAUTERPACHT, 1er *et* 2e *rapports à la commission du droit international. Recognition in international law, op. cit.*, p. 426. OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law* ; parag. 503, p. 894. Cf. WOOSSEY, *International law*, 1869, 6e édit., sect. 105, *Hall International law*, 6e édit., 1909, p. 334.

(124) Cf. HAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationales Rechts*, Stuttgart, 1899, p. 85. Mac NAIR, *La terminaison et la dissolution des traités*, R.C.A.D.I., 1928.II, p. 517.

(125) ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 786.

par rapport au second si ceux-ci le reconnaissent (126). Réciproquement, si les Etats parties au traité postérieur et tiers par rapport au premier traité avaient reconnu celui-ci, le deuxième traité devra être considéré comme nul et dépourvu d'effets.

Cette théorie est partiellement fondée : la première des deux affirmations sur lesquelles elle repose est exacte.

Mais elle est insuffisante : en effet, le défaut de reconnaissance du second traité, de la part des Etats parties au premier traité et non signataires du second traité, ne suffit pas à priver celui-ci de force obligatoire. Une simple protestation verbale ne suffira pas à enlever sa validité au second traité si celui-ci est effectivement et durablement appliqué (127).

De plus, cette théorie soulève la question, que nous avons déjà rencontrée, de savoir comment doit être exprimée la reconnaissance : celle-ci résulte-t-elle du silence des Etats en cause ? Nous savons que ces questions restent sans réponse précise.

Aussi, les théories volontaristes ne suffisent-elles pas, nous semble-t-il, à fournir une solution au problème de l'incompatibilité des traités.

2° *Les théories objectivistes.*

Ces théories assimilent les traités à des lois et s'efforcent d'étendre au problème des traités incompatibles les solutions appliquées dans les ordres internes au problème des conflits de lois.

Mais ces théories doivent être rejetées, car elles méconnaissent, le plus souvent, la différence fondamentale qui oppose le problème des conflits de lois et celui des traités incompatibles : Deux lois contraires sont relatives à un même ordre juridique, tandis que deux traités incompatibles, dans l'hypothèse retenue, sont relatifs à deux ordres juridiques conventionnels différents (puisque, par hypothèse, certains Etats signataires du premier traité ne sont pas parties au second traité).

(126) Cf. par exemple : ANZILOTTI, *Cours, op. cit.*, p. 417. LAUTERPACHT, *Recognition, op. cit.*, p. 413. OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International law*, 6e édit., London, Longmans, Green, 1947.I.136.

(127) Cf. dans ce sens R. W. TUCKER, « *The principle of effectiveness in international law* », *in* Mélanges Kelsen, *op. cit.*, p. 31, qui écrit : « La thèse selon laquelle les actes illégaux ne peuvent produire d'effets au profit de celui qui les commet est basée, non sur cette affirmation exacte, que les autres Etats sont compétents à certaines conditions pour déterminer la validité des situations résultant de l'action unilatérale d'un Etat (et éventuellement pour la sanctionner) mais sur l'affirmation très contestable selon laquelle le principe *ex injuria jus non oritur* doit nécessairement être considéré comme une règle de droit international positif ».

Ainsi, les règles « *lex posterior derogat anteriori* » ou « *in toto jure genus per speciam derogatur* », valables pour régler le problème du conflit de traités conclus entre les mêmes Etats, ne sont pas valables dans l'hypothèse étudiée ici.

Certains auteurs se sont efforcés d'établir une hiérarchie entre les traités, pour fonder entre les normes qu'ils posent une hiérarchie analogue à celle des règles juridiques dans les ordres internes ; on a affirmé, par exemple, qu'un traité-loi est supérieur à un traité-contrat, un traité multilatéral à un traité bilatéral, un traité conclu en forme solennelle à un traité conclu en forme simplifiée : mais ces distinctions (contestables d'ailleurs dans leur principe même) ne permettent pas de trancher le conflit entre traités incompatibles.

D'autres auteurs, enfin, soutiennent, par analogie avec la solution relative à l'application des règlements dans les ordres internes, que le traité postérieur est valable à condition de ne pas porter atteinte aux droits acquis par les tiers (notamment à l'occasion de la conclusion du premier traité (128). Mais cette théorie ne fournit aucun fondement juridique satisfaisant pour justifier l'invalidité du second traité, si celui-ci porte atteinte à des droits acquis.

En définitive, il semble que la seule solution satisfaisante du problème posé par les traités incompatibles repose sur le principe d'effectivité. Envisagé du seul point de vue de la validité, en effet, ce problème apparaît comme un parfait cercle vicieux et on ne peut que constater « l'égale validité de prétentions radicalement contradictoires » (129). C'est donc dans l'effectivité qu'il faut rechercher la réponse à la question posée.

Le second traité sera obligatoire et valable, même si, pour certains de ses signataires, il constitue une violation du traité antérieur, à la condition d'être effectif ; c'est l'effectivité du second traité qui conditionne sa validité.

Inversement, si le second traité n'est pas appliqué, n'est pas effectif, il n'aura pas de force obligatoire : le premier traité restera valable et continuera à être appliqué.

Selon la formule de M. Rousseau, « relativement à la solution du problème de la contrariété des traités, on constate une tendance à faire prévaloir celle des règles conventionnelles qui offre la plus grande posivité internationale », c'est-à-dire celle des règles qui est *effective* (130).

(128) Cf. par exemple FAUCHILLE, *Traité*, vol. III, pp. 302-303.
(129) Thèse Leca, *op. cit.*, p. 208.
(130) G. SCELLE avait montré la contradiction entre le principe orthodoxe de l'unanimité, et « une pratique qui de plus en plus considère comme acquies-

C'est, en général, le second traité qui sera effectivement appliqué : plus récent, il est plus près de la réalité, des faits.

Ainsi, l'effectivité manifeste-t-elle sa fonction révisionniste : le premier traité, devenu ineffectif par l'attitude de certains de ses signataires, qui appliquent désormais le second traité, perd sa force obligatoire, sa validité elle-même, au profit du second traité qui devient valable et obligatoire, bien qu'il constitue, de la part de certains de ses signataires, une violation du traité primitif.

En conclusion, l'étude des conflits des titres juridiques, comme celle des différents aspects de la fonction révisionniste de l'effectivité, nous a permis d'établir qu'il existe une relation nécessaire, dans l'ordre international, entre les titres juridiques et la réalité, les faits.

*
**

Nous avons ainsi montré, en étudiant les fonctions de l'effectivité, que l'ensemble des règles et des situations juridiques de l'ordre international tend nécessairement à s'identifier durablement à l'ensemble des règles et des situations réalisées, en fait, dans la société internationale.

sement tout ce qui n'est pas protestation solennelle, néglige les résistances trop faibles pour s'imposer, ignore au besoin certains gouvernements et les met en face du fait accompli ». Rapport à l'Institut de Droit International, Annuaire, 1948, pp. 11-12.

Conclusion

Au terme de cette étude, l'existence d'un principe d'effectivité en droit international, tel que nous l'avons initialement formulé, nous paraît pouvoir être affirmée.

Ce principe d'effectivité joue un rôle décisif dans l'ordre international ; il est d'abord un facteur d'ordre, de stabilité, en permettant aux situations établies ou aux pratiques régulièrement suivies, de se consolider et d'accéder au rang de situations ou de normes juridiques ; il est aussi un facteur d'unité en n'accordant son appui aux situations juridiques de droit interne que si ces situations ont consacré en termes juridiques une relation effective ; le droit international, faisant application du principe d'effectivité, parviendra à réduire, puis à supprimer progressivement, l'anarchie et les contradictions engendrées par les souverainetés nationales ; ce principe est, enfin, et peut-être principalement, un principe de changement, d'évolution du droit international, puisqu'il conduit à une harmonisation du pouvoir de fait, établi et incontesté, avec le pouvoir de droit.

Investi à la fois d'une fonction créatrice et d'une fonction révisionniste, le principe d'effectivité tient une place à part parmi les sources du droit international. Quelle est donc la nature juridique de ce principe, qui régit tous les domaines du droit international ?

Le principe d'effectivité n'est pas une règle coutumière ; il est, en effet, d'une nature différente de celle de la coutume, puisque celle-ci lui est soumise, comme nous l'avons montré ; d'autre part, le principe d'effectivité a un caractère général et permanent qui le différencie nettement des règles coutumières : il n'est pas, comme elles, lié à l'état d'une certaine société à un moment donné ; enfin, contrairement aux règles coutumières, le principe d'effectivité n'est pas une règle de contenu : il ne détermine pas une norme parti-

culière, mais toutes les règles et les situations juridiques internationales lui sont subordonnées.

Le principe d'effectivité n'est pas, non plus, un des principes généraux du droit auxquels fait allusion l'article 38 du statut de la C.I.J. En effet, le principe d'effectivité, par sa nature même, ne peut être transgressé et les principes généraux du droit eux-mêmes lui sont soumis.

Aussi, pour souligner ce caractère particulier du principe d'effectivité, peut-on proposer, avec certains auteurs italiens, de la qualifier de *principe informateur* du droit international ou encore de « principe constitutionnel », pour le différencier des principes normatifs (1) Cette terminologie peu usitée a le mérite de souligner le caractère nécessaire et, par là, fondamental de ce principe tout en montrant que le principe d'effectivité ne joue pas un rôle analogue à celui des sources du droit international.

Il serait vain de vouloir, à partir du principe d'effectivité, bâtir un nouveau système théorique du droit international par la méthode déductive.

Le rôle du principe d'effectivité n'est pas de fonder une nouvelle construction théorique, mais de guider, sur le plan technique, l'élaboration et l'étude du droit international.

Le recours systématique et abusif au principe d'effectivité présenterait, en effet, de graves dangers : il conduirait notamment à admettre la règle « *ex injuria jus oritur* », ce qu'aucun système juridique ne peut accepter, car cette règle est à la fois une contradiction logique et une anomalie pratique. En réalité, le principe d'effectivité n'a pas pour conséquence de permettre au droit d'émerger de l'illégalité : ceci ne se produit que dans un système juridique primitif et manifeste purement et simplement la défaillance du droit devant le fait.

Le principe d'effectivité conduit, au contraire, l'interprète du droit international à mieux percevoir l'harmonisation progressive toujours croissante qui tend à s'établir entre le droit et la réalité sociale : certes, le droit et les faits ne seront jamais totalement confondus : un système juridique qui prescrirait aux membres d'une société de se conduire effectivement comme ils le font

(1) Cf. par exemple Guiseppe SPERDUTTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milan, 1950, pp. 6 et 7, et *Ago scienza Gineidica e diritto internazionale*, Milan, 1950, p. 67 et s. L'individu et le droit international, R.C.A.D.I., 1956.II, pp. 716 à 849. BARILE, *Il diritto assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milan, 1951, p. 204. SERENI, *Diritto internazionale*, Milan, 1956, p. 112. A. MIAJA de la MUELA, *op. cit.*, p. 94, écrit : « *Las normas y las situaciones juridicas internazionales funcionan bajo la inspiracion del principio de efectivittad* ».

actuellement ne se conçoit pas. La tension entre le droit et les faits est nécessaire au progrès même du droit.

Ainsi, l'effectivité présente-t-elle un double aspect contradictoire : d'une part, elle est une garantie d'ordre et de stabilité en donnant valeur juridique aux effets consolidateurs du temps ; d'autre part, elle est un facteur d'évolution, d'adaptation, en donnant aux progrès de la réalité sociale une portée juridique.

Le principe d'effectivité ne saurait fournir l'occasion d'une nouvelle construction systématique du droit international, mais la connaissance de ce principe est, en revanche, susceptible d'entraîner une modification de la méthode de la science juridique internationale et un élargissement de son objet.

Au plan de la méthode, la prise en considération du principe d'effectivité révèle que la démonstration de l'existence d'une règle juridique peut être basée sur la constatation du fait que cette règle agit effectivement au sein de la société internationale ; la méthode inductive doit donc être employée au même titre que la méthode déductive. Celle-ci s'applique à l'étude des règles ou des situations juridiques élaborées par un procédé de création prédéterminé ; celle-là consiste à établir l'existence de règles et de situations juridiques à partir d'une série convaincante de manifestations extérieures, d'où il résulte sans équivoque que ces règles ou ces situations produisent, dans la société internationale, les effets que la science du droit reconnaît et caractérise comme effets juridiques (2).

Encore faudrait-il définir une méthode (et un instrument) de mesure de l'effectivité ; car, nous l'avons vu, l'effectivité est susceptible de degrés : contrairement à la validité, elle peut n'être que relative; elle est soumise à des variations aussi bien quantitatives que qualitatives et, à ce sujet, il apparaît que de grands progrès pourraient être accomplis par la science juridique, dans le sens d'une plus grande exactitude et d'une plus grande précision.

Il reste cependant que ce critère d'effectivité est évidemment très incertain, au moins dans certains cas limites ; mais cette incertitude est, comme on l'a fait remarquer, la rançon de toute solution qui veut se tenir proche des faits et des réalités (3). Dans la mise en jeu du principe d'effectivité, les juges internationaux ont un rôle capital d'appréciation des faits, qui leur permettra, par le développement progressif et réaliste de leur jurisprudence, de donner tout son rôle au principe d'effectivité.

(2) Cf. R. Ago, *Droit positif et droit international,* A.F.D.I., 1957, pp. 14 à 62 et ici p. 46.

(3) Ch. de Visscher, *Théories, Réalités, op. cit.*, p. 399, note 3. J. Maury, *Mélanges en l'honneur de G. Scelle,* vol. 1, p. 386 et s.

En ce qui concerne l'objet même de la science juridique internationale, la connaissance du principe d'effectivité permet d'affirmer que l'étude de la réalité internationale, des relations internationales, ne peut, d'aucune manière, être séparée de l'étude du droit international lui-même.

Certes, le droit n'est pas seulement la superstructure d'une réalité économique ou sociale qui le déterminerait entièrement ; mais il est encore moins un ensemble de règles subordonnées à un idéal abstrait, désincarné, *a priori*, et formaliste. La science juridique ne doit pas cesser de prendre appui sur une analyse des faits, afin de saisir et de faciliter l'adaptation perpétuelle et nécessaire du droit et des faits. Encore convient-il de restituer à la réalité sa dimension totale, c'est-à-dire de ne pas la limiter à des données économiques ou sociales, mais d'y inclure les forces psychologiques, morales, culturelles, civilisatrices.

Ainsi, le droit et les faits, qui sont en tension permanente, ne doivent pas être séparés, mais réunis ; ils ne doivent pas être opposés, mais rapprochés. Le vieil adage « *ex injuria jus non oritur* » reste pleinement valable, dans cette perspective ; mais il ne doit pas être saisi dans une analyse statique du droit ; il doit être inséré dans le dynamisme de l'ordre juridique, dans la perpétuelle tension qui unit le droit aux faits : il est indissociable de l'adage « *ex factis jus oritur* ». Les règles juridiques et la réalité sociale se modifient réciproquement en une action incessante.

Et une situation initialement illégale, mais dont l'effectivité est solidement et durablement établie, devient nécessairement, comme nous l'avons montré, une situation juridique. « Pour la science du droit, comme pour l'histoire, les valeurs ne comptent qu'autant qu'elles animent des mouvements sociaux. A ses yeux, celles qui l'emportent ne sont pas les plus élevées, mais celles qui ont été imposées à la société par ceux qui combattaient en son nom » (4).

L'existence du principe d'effectivité dans l'ordre international doit donc inciter les juristes à ne pas considérer le droit international comme une discipline autonome, purement dogmatique, et indépendante des réalités qui déterminent l'action du pouvoir ; la considération de l'effectivité doit amener la science juridique internationale à restituer à la volonté des Etats sa juste place :

(4) Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 219. L'etymologie du mot latin *directum* sur lequel s'est formé le mot « droit » (comme les termes *derecho, dirittu, dreptu, recht, right*) a également permis de former le vocable direction. Cette direction ne peut apparaître, ne peut être relevée que par un effort permanent de confrontation du droit aux faits, à la réalité sociale.

car la souveraineté vaut exactement ce que vaut la force dont on dispose pour en soutenir les prétentions.

Si la présente étude contribue au renouvellement actuel du droit international, tout entier centré sur la prise de conscience de ce que le droit n'est pas indépendant de la réalité sociale, mais qu'il en émerge laborieusement et que, du même mouvement, il s'y incarne plus complètement, elle n'aura pas été inutile.

Vu,
Le Président de la thèse :
M. René-Jean DUPUY.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence :
M. Jean BOULOUIS.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie d'Aix-en-Provence-Marseille :
M. BLACHE.

Bibliographie

Cette bibliographie ne contient pas certains ouvrages particuliers cités incidemment dans des notes en bas de page.

I. — RECUEILS DE TEXTES ET DE JURISPRUDENCE

A. — *Recueils de textes diplomatiques.*

BRUNS : *Fontes Juris gentium*, série B, 7 vol.

COLLIARD : *Droit International et Histoire Diplomatique*, 1948, 2 vol.

HACKWORTH : *A digest of international law*, 1906, 8 vol.

MOORE : *A digest of international law*, 1906, 8 vol.

SMITH : *Great Britain and the law of Nations*, 1932, 2 vol.

B. — *Recueils de jurisprudence.*

C.I.J. : Recueil des arrêts et avis. Documents.

C.P.J.I. : Publications de la Cour, Série A (arrêts), B (avis), A/B (arrêts et avis) C (documents).

DICKINSON : *A selection of cases and other readings on the law of Nations*, 1929.

GREEN : *International law through the cases*, 1951.

HAMBRO (Edvard) : *La jurisprudence de la C.I.J.* : un répertoire des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J. A.W. Sythoff, Leyde, 1960, 376 p.

HUDSON : *Cases and other materials on International law*, 1936.

LA FONTAINE : *Pasicrisie Internationale.*

De LA PRADELLE et POLITIS : *Recueil des arbitrages internationaux*, 3 vol.

LAUTERPACHT : *Annual Digest of international law.*

MOORE : *History and Digest of the International arbitrations to wich the U.S. has been a party* (6 vol.).

Recueil des décisions des T.A.M. institués par les traités de paix.

Recueil des sentences arbitrales publié par l'O.N.U.

SCOTT : *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, 1921.

II. — ETUDES

Recueils et Traités généraux.

Ago (R.) : *Scienza giuridica e diritto internazionale,* Roma, 1950.

Alvarez (A.) : *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples,* Paris, Pedone, 637 p.

— *Le droit international ; son acceptation, son étude,* Paris, Pedone, 1960, 127 p.

Anzilotti (D.) : *Cours de droit international.* Traduction française par Gidel, Paris, Sirey, 1929.

— *Corso di diritto internazionale,* 4e édit., Padova, Cedam, 1957.

Basdevant (J.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1936, t. 58, p. 471 et s.

Bourquin (P.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1931.I.

Brierly (J.L.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1936.IV, p. 219 et s.

Cavaglieri (A.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1929.I, p. 312 et s.

Cavare (L.) : *Le droit international public positif,* Paris, Pedone, 1952.

Colliard (C.A.) : *Droit international et histoire diplomatique,* Paris, Domat-Montchrestien, 1948.

Dictionnaire de la terminologie du droit international (publié sous le patronage de l'Union Académique internationale), Paris, Sirey, 1960, 765 p.

Fauchille (P.) : *Traité de droit international public,* 8e édit., Paris, Rousseau, 1926, 350 p.

Guggenheim (P.) : *Traité de droit international public, avec mention de la pratique internationale et suisse,* Genève, Georg., 1953 (2 t.).

Hackworth (G.H.) : *A Digest of international law,* Washington, Government Printing Office, 1940-1944.

Hall : *International law,* Oxford, Charenton Press, 1909, 1924.

Hudson (M.O.) : *International legislation,* Washington, Carnegie endoument, 1931-1944.

Hyde (C.C.) : *International law chiefly as interpreted and applied by the U.S.,* 2e édit., Boston, Little Brown and Co, 1947.

Kaufmann : *Règles Générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1935, vol. 54, p. 405 et s.

Kelsen (H.) : *Théorie générale du droit international public,* R.C.A.D.I., t. 84, 1932, p. 334 et s.

— *Principles of international law,* New York, Rinehart, 1952, 290 p.

— *Théorie du droit international public,* R.C.A.D.I., 1953, t. III, p. 1 et s.

La Pradelle-Niboyet : *Répertoire de droit international,* Paris, Sirey, 1934, supplément.

Lauterpacht (Sir Hersoh) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1937.IV, p. 311 et s.

Le Fur (L.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1935, t. 54, p. 15 et s.

Oppenheim-Lauterpacht : *International law,* 1955, 8e édit., Londres et New York, Longmans Green.

Podesta Costa : *Derecho international publico,* 3e édit., Buenos-Aires, 1955.

Reuter (P.) : *Institutions internationales,* 1956, Paris, P.U.F.

— *Droit international public,* 1958.
— *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1961, polycopié, non encore publié.

Rousseau (Ch.) : *Principes généraux du droit international public,* t. I, Paris, Pedone, 1944.
— *Droit international public,* Paris, Sirey, 1953.
— *Droit international public approfondi,* Paris, Dalloz, 1953.

Salviolli (G.) : *Règles générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1933.IV, p. 51 et s.

Scelle (G.) : *Précis de droit des gens,* Paris, Sirey, 1932.
— *Les Règles Générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1933, t. 4.
— *Manuel de droit international public polycopié,* Paris, Sirey, 1944.

Schwarzenberger (G.) : *International law,* 1955, Londres, Stevens.

Sibert (M.) : *Traité de droit international public,* t. I, Paris, Dalloz, 1951.

Verdross : *Règles Générales du droit de la paix,* R.C.A.D.I., 1929, t. II, p. 429 et s.

Visscher (Ch. de) : *Théories et réalités en droit international public,* Paris, Pedone, 3e édit., 1960, 534 p.

III. — ETUDES, ARTICLES ET OUVRAGES PARTICULIERS

Ago (R.) : *Lezioni di diritto internazionale,* Milan, 1943.
— *Il requisito dell'effettività nell'ordinamente internazionale.* Amuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. XXVII, 3e fasc., p. 72 et s.
— *Il requisito dell'effetività dell' occupazione in diritto internazionale,* Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934, 125 p.
— *Droit positif et droit international,* A.F.D.I., 1957, p. 64 et s.

Alvarez (A.) : *La codification du droit international,* Paris, Pedone, 1910-1912.

Attia (G.) : *Les forces armées des Nations Unies en Corée et au Moyen-Orient,* Thèse dactylographiée, Genève, 1959.

Auby (J.M.) : *Les problèmes de la mer territoriale devant la C.I.J.. L'affaire des Pêcheries Norvégiennes,* J.D.I., 1953, p. 24.

Arangio (R.) : *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale,* Milano, 1954.

Ball (M.) : *Bloc voting in the General Assembly. International organisations.* Vol. V, 1951.

Barile ( ) : *I diritti assoluti nele'ordinamento internazionale,* Milano, 1951, 204 p.

Basdevant (J.) : *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités,* R.C.A.D.I., 1926, t. V, p. 576 et s.

Bastid (S.) : *La jurisprudence de la C.I.J.,* R.C.A.D.I., 1951, vol. 78, p. 623 et s.
— *L'affaire Nottebohm devant la C.I.J.,* Revue Critique de droit international privé, 1956.
— *Le droit des organisations internationales,* Paris, 1952.
— *Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales,* in *L'évolution du droit public,* Etudes offertes à A. Mestre, Paris, 1956, pp. 43 à 52.
— *Quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales,* in *Problèmes fondamentaux du droit international.* Mélanges Spiropoulos, Bonn, 1957, pp. 35 à 42.
— *La personnalité morale et ses limites,* ouvrage collectif, Paris, Pichon, Durand-Auzias, 1960.

Beckett (W.R.) : *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la C.P.J.I.,* R.C.A.D.I., t. 39, 1932, p. 131 et s.

BENAYOUN (Bénar) Georges : *Méthodes et Techniques de la codification du droit international public,* Thèse, Dijon, 1954, 310 p.

BELLINI : *Il principio generale dell'effectività nell'ordinamento internazionale,* Annuario di diritto comparato, XXVII.1951.

BLIX (H.) : *Treaty making power,* London, 1960.

BONILLA *san* MARTIN Y ALVAREZ DEL MANZANO : *La ficcion en el derecho,* Madrid, 1912.

BORCHARD (E.M.) and MORRISON (P.) : *The doctrine of non recognition. Legal problems in the far eastern conflict,* New York, Institute of Pacific relations, 1941, p. 157 et s.

BORCHARD (E.M.) : *The unrecognised governments in american courts,* A.J.I.L., 1932.

BOUDET (F.) : *Contribution à l'étude de la personnalité internationale des organisations internationales,* Thèse dactyl., Paris, 1954.

BOURQUIN (P.) : *Stabilité et mouvement en droit international public,* R.C.A. D.I., 1938, t. 64, p. 414 et s.

BOUTROS-GHALI (B.) : *Le principe d'égalité des Etats et les organisations internationales,* R.C.A.D.I., 1960, t. 100, p. 1 et s.

BRAGANCA de AZEVEDA (J.L.) : *De la reconnaissance des gouvernements de fait,* Thèse, Paris, 1953, 134 p.

BRIERLY (J.L.) : *Rapports à la Commission du droit international,* 1er rapport, A/CN. 4/23, 1950, - 2e rapport, A/CN. 4/43, 1951. - 3e rapport, A/CN. 4/54, 1952.

BROWN (P.M.) : *La reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements,* Bruxelles, 1933.

— *The legal effects of recognition,* A.J.I.L., 1950, p. 617.

BRUNIO (A.) : *L'existentialisme et le droit* in *Mélanges en l'honneur de G. Gidel,* Paris, Sirey, 1961, p. 81 et s.

BURCHARD (W.) : *La clause rebus sic stantibus,* R.D.I.L.C., 1933, p. 1 et s.

CALVEZ (J.Y.) : *Droit international et souveraineté en U.R.S.S.,* Paris, Colin (Cahiers de F.N.S.P.), 1953.

CARBONNIER : *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit,* L'Année Sociologique, 1957-58, 3e série, p. 3.

CARROZ (J.) : *La personnalité juridique internationale de l'Organisation des Nations Unies,* Thèse dactyl., Paris, 1952.

CARROZ et PROBST : *Personnalité juridique internationale et capacité de conclure des traités de l'O.N.U. et des institutions spécialisées.*

CASTBERG (F.) : *Méthodologie du droit international public,* R.C.A.D.I., 1933, p. 326 et s.

CATTANT (J.) : *La clause rebus sic stantibus,* Thèse, Paris, 1929.

CAVAGLIERI (A.) : *Il decorso del tempo ed i suoi effeti sui rapporti guiridici internazionali,* Rivista di diritto internazionale, 1926, p. 169 et s.

— *La violenza como motivo di nullita dei trattati,* Rivista di diritto internazionale, 1935, p. 4 et s.

CAVARÉ (L.) : *Les sanctions en droit international,* R.C.A.D.I., t. 80, 1952, p. 191 et s.

CERETTI (C.) : *La revisione dei trattati,* Milano, 1934.

CHAILLEY (P.) : *La nature juridique des traités internationaux* (supplément au répertoire du droit international), 1934.

CHAN CHENG : *Le problème de la représentation d'un Etat moderne à l'O.N.U.*, Thèse université, Paris, 1954, 218 p.

CHARPENTIER (J.) : *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pedone, 1956, 367 p.

— *La reconnaissance du G.P.R.A.*, A.F.D.I., 1959, p. 799 et s.

CHAUMONT (C.) : *Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat*, in *Mélanges en l'honneur de G. Basdevant*, p. 114 et s.

— *Les organisations internationales*, Cours de l'Institut d'Etudes Politiques (polycopié), Paris, 1954-55.

— *La situation juridique des Etats membres à l'égard de la F.U.N.U.*, A.F.D.I., 1958, p. 399.

CHEN (T.C.) : *The international law of recognition*, London, 1951.

CHENG-BIN : *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, London, Stevens, 1953.

CHENG (C.H.) : *Essai critique sur l'interprétation des traités dans la doctrine et la jurisprudence de la C.P.J.I.*, Thèse, Paris, Tepac, 1947.

DEHAUSSY : *Les sources du droit international, L'acte juridique international* in *Juris Classeur Périodique de droit international.*

DEKKERS (R.) : *La fiction juridique ; étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, 250 p.

DEVAUX-CHARBONNEL (J.) : *Le régime juridique de la recherche et de l'exploitation du pétrole dans le plateau continental*, A.F.D.I., 1956, p. 320.

DEVÈZE (A.) : *L'annexion de territoires ; ses effets juridiques en droit international public et privé*, J.D.I., 1950, p. 788 et s.

DICKINSON : *Les gouvernements et les Etats non reconnus en droit Anglais et Américain*, R.L.C., 1923.

DJAFAR (E.) : *Les forces de police internationale*, Thèse, Paris, 1957 (Dactyl.).

DRAGO (R.) : *La pondération dans les organisations internationales*, A.F.D.I., 1956, p. 529 et s.

DUEZ : *L'interprétation des traités*, R.G.D.I.P., 1925, p. 431 et s.

DUPUY (R.J.) : *L'organisation internationale et l'expression de la volonté générale*, R.G.D.I.P., 1957, p. 527 et s.

— *Les principes fondamentaux du droit international dans la doctrine de M. Alvarez*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, 1957-58, Polycopié.

— *Le statut de l'antarctique*, A.F.D.I., 1958, p. 196 et s.

— *Agression indirecte et intervention sollicitée ; à propos de l'affaire Libanaise*, A.F.D.I., 1958, p. 432 et s.

— *Le droit des relations entre les organisations internationales*, R.C.A.D.I., 1960.II, p. 457 et s.

— *Le Droit International*, P.U.F. (Que Sais-Je ?), 1963.

EHRLICH : *L'interprétation des traités*, R.C.A.D.I., 1928.IV, p. 34 et s.

ELLINWOOD (A.F.) : *The treaty as an instrument of legislation*, New York, Mac Millan Co, 1952, 114 p.

ENGEL (S.) : *Les clauses de révision dans les traités unilatéraux*, R.D.I.L.C., 1939, p. 529 et s.

ERICH : *La naissance et la reconnaissance des Etats*, R.C.A.D.I., 1926, 13.

EXNER (E.P.) : *Interpretation of treaties*, A.J.I.L., 1959, p. 341.

FISCHER-WILLIAMS (Sir John) : *The Permanence of Treaties. The doctrine of rebus sic stantibus and article 19 of the covenant of the League*, A.J.I.L., 1928, p. 89.

— *La doctrine de la reconnaissance et ses développements récents,* R.C.A. D.I., 1933, t. 44.

FITZMAURICE (Sir Gerald) : *The law and procedure of the international court of justice,* B.Y.B.I.L., 1951, p. 1 et 1957, p. 202.

— *Chinese representation in the U.N. Year Book of world affairs,* 1952, p. 36 et s.

— *Treaty interpretation and other treaties points,* B.Y.B.I.L., 1957, p. 203 et s.

— *Rapports à la commission du droit international,* 1er rapport A/CN. 4/101, 1956. - 2e rapport, A/CN. 4/107, 1957. - 3e rapport, A/CN. 4/115, 1958. - 4e rapport, A/CN. 4/120, 1959.

FLORY (M.) : *Le statut international des gouvernements réfugiés et le cas de la France Libre,* Thèse, Paris, 1950, Pedone, 1952.

— *Algérie et droit international,* A.F.D.I., 1959, p. 817 et s.

FOCSANEANU (L.) : *Le droit interne de l'O.N.U.,* A.F.D.I., 1957, p. 315 et s.

FOURNIER (J.) : *La conception nationale socialiste du droit des gens,* Paris, Pedone, 1939, 252 p.

FRANGULIS : *Théorie et pratique des traités internationaux,* Paris, 1935.

FRANKENSTEIN (M.) : *L'O.N.U. devant le conflit Coréen,* Paris, Pedone (Thèse), 1952, 368 p.

HOFFMANN (S.) : *Organisations internationales et pouvoirs politiques des Etats,* Paris, Colin, 1954, 428 p.

GANET : *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international,* 1932.

GARNER (J.W.) : *The clausula rebus sic stantibus,* A.J.I.L., 1927, p. 510.

GENNUA : *Les Gouvernements de faits,* R.C.A.D.I., 1924, t. 4.

GIANNI (G.) : *La coutume en droit international,* Thèse, Paris, Pedone, 1931.

GIBBON (M.) : *Customary international law and acquiescence,* B.Y.B.I.L., 1957, p. 115.

GIDEL (G.) : *Droits et devoirs des nations (la théorie classique des droits et devoirs fondamentaux des Etats),* R.C.A.D.I., 1925, t. 10, p. 593.

— *Le droit international public de la mer,* t. I-II et IV, Paris, Sirey, 1932.

GIRAUD (E.) : *Le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique,* in *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant,* p. 210 et s.

— *L'admission des Etats à la S.D.N.,* R.G.D.I.P., 1936, p. 197 et s.

GOELLNER (A.) : *Pré-caducité, caducité et désuétude en matière de droit international public, Paris,* Rousseau, 1939.

GOY : *La répartition internationale des fréquences,* A.F.D.I., 1959, p. 580 et s.

GRAWITZ (M.) : *L'arrêt Nottebohm,* A.F.D.I., 1955, p. 262.

GROB (F.) : *The relativity of war and peace. New Haven.* Yale university Press, 1949, 602 p.

GROSSEN (J.M.) : *Les présomptions en droit international public, Neuchatel,* Paris, Delechaux et Niestlé, 1954, 191 p.

GROTHENS (J.C.L.) : *Les marchés passés par les organisations internationales,* R.D.P., 1956, p. 741 et s.

GUGGENHEIM (P.) : *Contribution au problème des bases sociologiques du droit international,* Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, t. II, p. 116 et s.

— *L'origine de la notion de l'*opinio juris sive necessistatis *comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens, in* Mélanges en l'honneur de J. Basdevant, p. 258 et s.

— *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux,* R.C.A.D.I., 1949, vol. 74, p. 55 et s.

— *Principes du droit international public,* R.C.A.D.I., 1952, t. 80, p. 1 et s.

— *Les deux éléments de la coutume en droit international,* in *Mélanges en l'honneur de Georges Scelle,* t. I, p. 257 et s.

— *What is positive in international law ? in Law and politics in the world community,* Mélanges en l'honneur de G. Kelsen, 1953, Berkely Univ. of California Press., p. 15 et s.

HAEMMERLE (J.) : *La coutume en droit des gens d'après la jurisprudence de la C.P.J.I.,* Paris, 1936.

HALEY (A.G.) : *La souveraineté dans l'espace,* Revue de droit contemporain, Bruxelles, décembre 1960, p. 13 et s.

HAMMARKSJOELD (D.) : *International law and the United Nations.* Philippine law Journal, 1955, p. 555 et s.

HARVARD *research in international law* : *Law of treaties, with comment, presented by the research in international law by the Harvard Law school.* supplément A.J.I.L., vol. 29, octobre 1935.

HAURIOU (M.) : *La théorie de l'institution et de la fondation, Les cahiers de la nouvelle journée,* Paris, n° 4, Blond et Gay, 1925, p. 44.

HEILBRONN (P.) : *Les sources du droit international,* R.C.A.D.I., 1926, t. 1, p. 25 et s.

HÉRAULT : *L'ordre juridique et le pouvoir originaire,* Thèse, Toulouse, 1945.

HOSTIE (J.) : *Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit,* R.C.A.D.I., 1932.II, p. 397 et s.

HOYT (E.C.) : *The unanimity rule in the revision of treaties* (a reexamination). The Hague, Martinus Nijhoff, 1959, 264 p.

HUDSON : *Cases and other materials of international law,* 1936.

HUDSON (M.O.) : *La Cour permanente de justice internationale,* Paris, Pedone, 1936, 724 p.

HU-HUNG-LICK : *Le problème Coréen,* Thèse, Paris, Pedone, 1953, 192 p.

HYDE (C.C.) : *Interpretation of treaties by the Permanent court of international justice,* A.J.I.L., 1930, p. 1 et s.

JENKS (W.) : *The will of world community as a basis of international obligations,* in *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant.*

— *Les instruments internationaux à caractère collectif,* R.C.A.D.I., 1939, t. 69, p. 451 et s.

JOHNSON : *The conclusion of international conferences,* B.Y.B.I.L., 1959.XXV, p. 1 et s.

JOKL (M.) : *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationale,* Thèse, Paris, Pedone, 1935, 194 p.

KASME BADR : *La capacité de l'O.N.U. de conclure des traités,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.

KAUFMANN (E.) : *Das wesen des völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus.*

KELSEN (H.) : *Traités internationaux à la charge d'Etats tiers in* Mélanges *offerts à Ernest Mahani,* 1935, vol. 2, p. 164 et s.

— *Contribution à la théorie des traités internationaux,* Revue internationale de la théorie du droit, vol. X, 1936, p. 253 et s.

— *La transformation du droit international en droit interne,* R.G.D.I.P., 1936, t. 43, p. 1 et s.

— *Théorie du droit international coutumier,* Revue internationale de la théorie du droit, 1939, p. 253 et s.

— *Tendances récentes du droit des Nations Unies,* Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle, 1951, p. 34 et s.

KERNO : *International law and international organization, Proceedings of the american society of international law,* 1952, p. 13 et s.

KOO (W.) : *Voting procedures in international political organisations,* 1947.

KOPELMANAS (L.) : *Custom of as a means of the creation of international law,* B.Y.B.I.L., 1937, p. 127 et s.

— *Essai d'une théorie des sources formelles du droit international,* Revue de droit international, 1938, p. 101 et s.

KOROVICZ : *Organisations internationales et souveraineté des Etats membres,* Pedone, 1961.

KRAUSS (H.) : *Système et fonction des traités internationaux,* R.C.A.D.I., vol. II, p. 317 et s.

KRUGER : *Das princip der effectivitat, oder, Festchrifft für Jean Spiropoulos,* Bonn, 1957, p. 265 et s.

KRYLOV (S.) : *Codification du droit international* in *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant,* p. 300 et s.

— *La doctrine soviétique du droit international,* R.C.A.D.I., t. 70, 1947, p. 420 et s.

KUNZ : *Observation on the de facto revision of the covenant. The new commonwealth quaterly,* IV, 1938, 1939, p. 131 et s.

— *The meannig and the range of the norm pacte sunt servanda,* A.J.I.L., XXXIX, 1945, p. 192 et s.

— *Revolutionary creation of norms in international law,* A.J.I.L., 1947, p. 117 et s.

— *The nature of customary international law,* A.J.I.L., 1953, p. 662 et s.

— *La crise et les transformations du droit international,* R.C.A.D.I., t. 88, 1955.II.

LACKS (M.) : *Le développement et la fonction des traités multilatéraux,* R.C.A.D.I., 1947.II, p. 229 et s.

LANDAU (B.R.) : *La reconnaissance du gouvernement des soviets par les tribunaux américains,* J.D.I., 1934, p. 564.

LANDE (A.) : *Revindication of the principle of legal equality of states.* Political science quaterly, L.XII.1947, p. 258 et s.

LARNAUDE : *Les gouvernements de fait,* R.G.D.I.P., 1921, p. 457.

LAUTERPACHT : *Restrictive interpretation and the principle of effectiviness in the interpretation of treaties,* B.Y.B.I.L., 1949, p. 82.

LAUTERPACHT (Sir Hersch) : *Private law sources and analogies in international law,* 1927.

— *The function of law in the international community* 1933, Oxford, Clarendon.

— *Recognition in international law,* Cambridge, 1947.

— *Interprétation des traités.* Annuaire de l'Institut de droit international, 1950, t. I, p. 366 et s.

— *Rapports à la commission du droit international* : 1er rapport, A/CN. 5/63, 1953. - 2e rapport, A/CN. 4/87, 1954.

— *Codification and development of international law,* A.J.I.L., 1955, p. 16.

— *The united nations emergency force. Basic documents. A collection prepared by E. Lauterpacht,* London, Stevens, 1960.

LECA (J.) : *Les techniques de révision des conventions internationales,* Bibliothèque de droit international, Paris, 1961, 330 p.

LE FUR (L.) : *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public,* Recueil Geny, t. III, p. 362 et s.

LERICHE (A.) : *L'évolution récente de la société internationale et les traités internationaux*, Revue de droit international et de science diplomatique et politique, 1952, p. 16 et s.

LYON-CAEN (G.) : *Le droit international et la coexistence des Etats relevant de systèmes politiques opposés*, J.D.I., 1952, p. 48 et s.

MAC-NAIR (Lord) : *La terminaison et la dissolution des traités*, R.G.A.D.I., 1928.II, p. 459 et s.

— *The function and differing legal character of treaties*, B.Y.B.I.L., 1930, p. 100 et s.

— *Les effets de la guerre sur les traités*, R.C.A.D.I., 1937, t. 49, p. 523 et s.

— *The law of treaties : British practice and opinions*, Oxford, Clarendon-Press, 1938, 578 p.

— *The general principle of law recognized by civilized nations*, B.Y.B.I.L., 1957, p. 1 et s.

MARKUS : *Grandes puissances et petites nations*, Thèse, Genève, 1946, 120 p.

MATEESCO (N.) : *La coutume, source de droit international*, Thèse, Paris, 1947, 340 p.

MERLE (M.) : *Le pouvoir réglementaire des organisations internationales*, A.F.D.I., 1958, p. 341 et s.

— *Le contrôle exercé par les organisations internationales sur les activités des Etats membres*, A.F.D.I., 1959, p. 411 et s.

MIAJA de la MUFLA (A.) : *El principio de effectividad en derecho international*, Universidad de Valladolid, 1958, 115 p.

MONASCO (R.) : *Les systèmes de vote dans les organisations internationales*, in *Mélanges en l'honneur de G. Gidel*, Sirey, 1961, p. 469 et s.

MORGENTHAU : *Positivism, fonctionalism and international law*, A.J.I.L. XXXIV, 1940, p. 276.

NAVARRO : *Technique et mystique en droit international public*, J.D.I., 1959, n° 1, p. 1 et s.

NORMAN-HILL : *Claims to territory in international law and relations*, New York, 1945.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES : *Mémoire sur le droit des traités dans la doctrine et la pratique de l'Union Soviétique*, S.L. (Nations Unies), 1950, 49 p. (A/CN. 4 [37]).

— *Bibliographie de la théorie générale des traités*, S.L. Nations Unies, 1950, 72 p., commission du droit international, 2e session. Rapports (A/CN. 4 [31]).

OTTOLENGHI : *Il principio di effectività e la sua fonzione nell'ordinamento internazionale*, Rivista di diritto internazionale, 1936, t. 38, pp. 3 à 33, 152 à 171, 361 à 403.

PEARSON (L.) : *Force for U.N.* Foreign Affairs, avril 1957, p. 395.

PIC : *De l'interprétation des traités*, R.G.D.I.P., 1910, p. 6 et s.

PILIDIS (T.P.) : *La capacité de conclure des traités des organisations internationales*, Thèse dactyl., Paris, 1952.

PINTO (R.) : *Le droit international et la coexistence*, J.D.I., 1955, p. 306.

— *Problèmes juridiques de la frontière occidentale de la Pologne*, in *Mélanges en l'honneur de J. Basdevant*, p. 402.

— *La prescription en droit international*, R.G.A.D.I., t. 87, p. 391.

— *Le statut international de la république démocratique allemande*, J.D.I., 1959, p. 312.

PIOVANI : *Il significato del prinzipio di effectività* Milan, 1935.

POIRIER (P.) : *La force internationale d'urgence*, Thèse, Paris, 1959, 614 p. (dactyl.)

POLITIS (N.) : *Méthode d'interprétation du droit conventionnel,* Recueil Gény, 1934, t. III, p. 374 et s.

POLITIS (N.) et VISSCHER (Ch. de) : *La prescription libératoire en droit international,* Rapport Gand, Institut de droit international.

QUADRI (R.) : *Le fondement du caractère obligatoire du droit international public,* R.C.A.D.I., 1952.I, t. 80, p. 579 et s.

RAESTADT : *La reconnaissance internationale des nouveaux Etats,* R.L.C., 1936, p. 256 et s.

RAY (J.) : *Commentaire du Pacte de la S.D.N.,* Sirey, Paris, 1930.
— *La coutume internationale,* R.C.A.D.I., 1934, vol. 48, p. 697 et s.

REDSLOB : *La reconnaissance de l'Etat comme sujet de droit international,* R.D.I., 1934, p. 433 et s.

RÉGLADE (M.) : *De la nature juridique des traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités contrats,* R.D.P., 1924, p. 505 et s.

RENARD (G.) : *La théorie de l'institution.* Paris, Sirey, 1930.
— *La philosophie de l'institution.* Paris, Sirey, 1939.

REUTER (P.) : *Organisations internationales et évolution du droit,* in *l'Evolution du droit public.* Etudes en l'honneur d'A. Mestre. Sirey, 1956, Paris, p. 447 et s.
— *Cours d'organisations Européennes.* Paris, 1959-60. Cours de doctorat polycopié.

REUTER et GROS : *Traités et documents diplomatiques.* Thémis, 1960, I.

RICHES : *Majority rule in international obligations.* Baltimore, 1940.

RIPERT (G.) : *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux.* R.C.A.D.I. T. 44. 1933.

ROSEN (H.) : *O.N.U. treaties practice.* R.C.A.D.I., 1954.
— *La création de nouveaux Etats après la Deuxième Guerre mondiale.* Thèse. Paris. Dactyl., 1954, 337 p.

ROSS (A.) : *Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit. Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique.* 1934-1935. Paris, Sirey, 1934.

ROUSSEAU (Ch.) : *La compatibilité des traités.* R.G.D.I.P., 1932.
— *L'indépendance de l'Etat en droit international public.* R.C.A.D.I., 1948.II.
— *Cours de droit international public. La théorie générale des traités internationaux. D.E.S. droit public.* 1958-59. Paris. Les cours de droit. 345 p.

ROXBURGH (R.F.) : *International conventions and third states.* Londres, 1917.

RUSSET (Alan de) : *Large and small states in international organizations. International affairs.* Vol. XXX. 1957, p. 472.

SALVIOLLI : *L'effectivita in diritto internazionale. Rivista trimestriele di diritto publico.* 1953. p. 241 et s.

SCELLE (G.) : *Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international.* R.C.A.D.I. 1936. T. I. Vol. 55, p. 91 et s.
— *Réflexions sur la reconnaissance. Recueil Lambert.* T. III. 1938, p. 123 et s.
— *Essai sur les sources formelles du droit international. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny.* Paris, Sirey, 1934, T. III ; p. 400 et s.
— *Théorie juridique de la révision des traités.* Sirey. Paris, 1936, 99 p.
— *De l'influence de l'état de guerre sur le droit international,* J.D.I., 1950. p. 26.
— *Plateau continental et droit international.* Paris. Pedone, 1955, 62 p.

SCHACHTER : *The development of international law through the legal opinions of the United Nations secretariat.* B.Y.B.I.L., 1948, p. 91.

SCHARP (R.H.) : *Non recognition as a legal obligation* (1775-1935). Thèse Genève, 1934. Institut universitaire des hautes études internationales, 320 p.

SCHNEIDER (J. W.).: *Treaty making power of international organizations.* Genève, 1959.

SCHNIDLER (D.) : *Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international.* R.C.A.D.I., 1933, t. 46, p. 233 et s.

SCHUCKING (W.) : *La révision des traités* (article 19 du Pacte de la S.D.N.). Article paru dans le dictionnaire diplomatique, t. II, p. 967.

SEFERIADES (S.) : *Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement.* R.G.D.I.P., 1936, p. 129 et s.

SENAT (Ph.) : *La politique de reconnaissance des Etats-Unis en Chine.* Thèse. Toulouse, 1958, 209 p.

SIBERT : *Cours de droit international public sur les traités.* Paris, 1952-53. Cours de doctorat polycopié.

SIORAT : *Le problème des lacunes en droit international.* Paris. Pichon et Durand. Auzias, 1958, 481 p.

SIOTTO-PINTOR : *Les sujets de droit international autres que les Etats.* R.C.A.D.I., 1932, III.

SMENDAL : *L'acquisition de souveraineté sur les territoires polaires.* Paris, 1932.

SOHN (L. B.) : *Weighting votes in an internatinal assembly. The american political science review.* 1944, p. 1194 et s.

— *Weighted representation in a world legislature. A new proposal. Common Cases.* 1949, p. 72 et s.

— *The authority of the U.N. to establish and maintain a permanent U.N. force.* A.J.I.L., 1958, p. 228.

SORENSEN (Max) : *Les sources du droit international. Etude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale. Einar Munstegaard.* Copenhague, 1946, 274 p.

SOUBEYROL : *L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties.* J.D.I., 1958, p. 686.

SPERDUTI : *L'individu et le droit international.* A.F.D.I., 1956, II, p.

STOYANOVITCH (K.) : *La réalité du droit international.* J.D.I., 1959, p. 32.

TENEKIDES (G.) : *Le principe* rebus sic stantibus ; *ses limites rationnelles et sa récente évolution.* R.G.D.I.P., 1934, n° 3, p. 273.

— *Grands et petits Etats dans l'organisation internationale.* Revue hellénique de droit international, avril-décembre 1955, p. 148 et s.

TENEKIDES (G.) : *Grands et petits Etats dans l'organisation internationale. Revue hellénique de droit international.* Avril-décembre 1955, p. 148 et s.

THERRE : *La psychologie individuelle et collective dans l'efficacité du droit international.* Thèse. Lyon, 1948, 190. p.

TI CHIANG CHEN : *The international law of recognition.* Londres, 1951.

TOBIN (H. J.) : *The termination of multipartites treaties.* New York, Columbia-University, 1933, 321 p.

— *The role of the great powers in treaty revision.* A.J.I.L., 1934, p. 487.

TOMSIC : *La reconstruction du droit international en matière de traités (Essai sur le problème des vices du consentement dans la conclusion des traités internationaux).* Paris, Pédone, 1931.

TRISKA (J.F.) : *The Soviet law of treaties. Proceedings of the American society of international law.* 1959, p. 294 et s.

TUCKER (R. W.) : *The principle of effectiveness in international law. Law and politics in the world community. Essays on Hans Kelsen's pure theory*

and related problems in international law, compiled and edited by George A. Lipsky. Berkeley and Los Angeles. University of California Press, 1953, p. 374.

VAN DER GOES VAN NATERS : *Rapport fait au nom de la commission des affaires politiques et des questions institutionnelles à l'Assemblée Parlementaire Européenne.* Document n° 87, 1959.

— *La révision des traités supranationaux.* Nederlands Tijdschrift von international recht, 1959.

VAN LAUGENHOEVE (F) : *La crise du système de sécurité collective des Nations Unies.* La Haye. M. Nijhoff, 1958, 274 p.

VELLAS (P.) : *Contribution à une sociologie juridique des organisations internationales.* Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1957.

VERDROSS : *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale.* R.C.A.D.I., 1935, II, p. 52 et s.

VERYKIOS : *La prescription en droit international.* Thèse. Paris, 1934.

VERZILJ : *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux.* R.D.I., 1935, p. 284 et s.

VIGNES (D. H.) : *Le principe de l'unanimité dans les organisations européennes.* A.F.D.I., 1955, p. 111 et s.

VIRALLY (M.) : *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales.* A.F.D.I., 1956, p. 66 et s.

— *La pensée juridique.* Paris. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 225 p.

— *L'O.N.U. d'hier à demain.* Seuil, 1961, 189 p.

VISSCHER (Ch. de) : *La codification du droit international.* R.C.A.D.I., 1925, I, p. 327 et s.

— *Des traités imposés par la violence.* R.D.I.L.C., 1931, p. 513 et s.

— *La prescription libératoire en droit international public.*

— *Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans les organisations internationales. Mélanges Mahaim.* Paris, 1935, p. 106 et s.

— *La technique de la personnalité juridique en droit international public et privé.* R.D.I.L.C., 1936, p. 475 et s.

— *Cours général de principes de droit international public.* R.C.A.D.I., 1954, II, t. 86.

— *Coutume et traité en droit international public.* R.G.D.I.P., 1955, t. 58, p. 352 et s.

— *L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale. Rivista di diritto internazionale.* 1958, p. 177 et s.

— *Observations sur l'effectivité en droit international public.* R.G.D.I.P., 1958, p. 601 et s.

VISSCHER (F. de) : *Des traités imposés par la violence.* R.D.I.L.C., 1931, p. 513 et s.

WALDOCK : *The control of the use of force by states in international law.* R.C.A.D.I. Vol. 81, 1932, p. 451 et s.

WOLF : *La validité des actes d'un gouvernement de fait.* R.D.P., 1952.

WRIGHT (G.) : *Violation of treaties.* A.J.I.L., 1917, p. 797 et s.

— *Conflict between international law and treaties.* A.J.I.L. XI, 1917, p. 566 et s.

— *The interpretation of multilateral treaties.* A.J.I.L., 1929, p. 94 et s.

YAKEMTCHOUK (R.) : *La révision des traités multilatéraux en droit international public.* R.G.D.I.P., 1955, p. 337.

Index des principaux arrêts, jugements ou avis rendus par les juridictions internationales et cités dans le texte

Aaland (îles d') (Rapport de la commission des juristes ; supp. au n° 3 du *J.O.* de la S.D.N., octobre 1920), p. 90.

Bryan Chamoro (Cour de Justice Centre-Américaine ; 30 septembre 1917 ; A.J.I.L. 1917, pp. 181-229 et supplément pp. 3-13), p. 247.

Caroline Orientale (C.P.J.I., Avis n° 5 ; 23 juillet 1923 ; Série A, n° 7, pp. 28-29), p. 85.

Chamizal (El) (Commission internationale), 10 juin 1911, A.J.I.L., 1912, t. 5, p. 205, pp. 163, 225.

Chorzow (usines de) (C.P.J.I., Arrêt n° 8 ; 13 septembre 1928, Série A, n° 17, p. 33), p. 19.

Clipperton (îlôt de) (C.P.A., 23 octobre 1909, Scott, p. 125), p. 150.

Danube (Commission Européenne du) (C.I.J., Avis n° 14, 8 décembre 1927, Série B, n° 14, p. 17), pp. 28, 89, 164.

Emprunts Serbes et Brésiliens (C.P.J.I., Arrêts du 12 juillet 1919, Série A/B, n° 34, p. 47 et n° 35, p. 125), p. 23.

Fonctionnaires des chemins de fer du Dantzig (Avis, C.P.J.I., 3 mars 1928, Série A/B, n° 28, p. 17, p. 164).

Frontière Turko-Irakiennne (C.P.J.I., Avis, 21 novembre 1924, Série B, n° 15, p. 18), p. 163.

Grisbâdarna (C.P.A., 23 octobre 1909, Scott, p. 125), pp. 150, 225.

Groëland Oriental (C.P.J.I., 5 avril 1933, Série A/B, n° 53, p. 46), p. 150.

Haute Silésie (Intérêts Allemands en) (C.P.J.I., Arrêt n° 7, 25 mai 1926, Série A, n° 7, p. 22), pp. 23, 42, 85.

Haya de la Torre (C.I.J., Arrêt du 20 novembre 1950 et 30 juin 1951, Recueil 1950, p. 276 et 1951, p. 81), pp. 29 à 40.

Hopkins (Tribunal mixte Etats-Unis-Mexique, 1926, Recueil O.N.U., IV, 41), p. 134.

Jarvorzina (C.P.J.I., Avis, 6 décembre 1923, Série B., n° 8, p. 30), p. 92.

Letitia (Arbitrage, 24 mai 1934 ; A.J., 1935, p. 95), p. 107.

Lotus (C.P.J.I., Arrêt, 7 septembre 1927, Série A/B, n° 10, p. 28), pp. 28, 42, 46.

Luculla (Commission mixte Etats-Unis-Mexique ; Moore, International Arbitrations, III, p. 2873), p. 201

Mascate (Affaire des boutres de) (C.P.A., 8 août 1905, doc., p. 5), p. 24.

Merge (*dame Florence*) (Commission Italo-Américaine, 10 juin 1955, Rivisto di dirrito internazionale, 1956, p. 88), p. 210.

Minquiers et Ecrehous (C.I.J., Arrêt, 17 novembre 1953, Rec. 1953, p. 18), p. 186.

Nottebohm (C.I.J., Arrêt, 18 novembre 1953 et 6 avril 1955, Rec. 1953, p. 3 et Rec. 1955, p. 4), p. 208.

Organisation des Nations Unies (*Dommages subis au service de l'*) (C.I.J., Avis, 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 179), pp. 96, 168.

Organisation internationale du travail (*réglementation du travail des personnes employées dans l'agriculture par*) (C.P.J.I., Avis, n° 13, 23 juillet 1926, Série B, n^{os} 2, 3, p. 38), p. 167.

Oscar Chinn (C.P.J.I., 12 décembre 1934, Série A/B, n° 63), pp. 42, 248.

Palmas (*Iles de*) (C.P.A., 4 novembre 1928, Rec. II, 843), pp. 27, 85, 147.

Panevezys-Saldutiskis (C.P.J.I., Arrêt, 26 février 1939, Série A/B, n° 76, p. 51), p. 22.

Passage (*droit de passage sur territoire Indien*) (C.I.J., 12 avril 1960, Rec. 1960, p. 29), p. 35.

Pêcheries Anglo-Norvégiennes (C.I.J., Arrêt, 18 décembre 1951, Rec., p. 216), pp. 30, 35.

Phares en Crête et à Samos (C.P.J.I., Arrêt, 8 octobre 1937, Série A/B, n° 71, p. 136), p. 125.

Preah-Vihear (*temple de*) (C.I.J., Arrêt, 15 juin 1962, R.G.D.I.P., n° 4, p. 828), p. 226.

Réserves (*validité des réserves à la convention sur le génocide*) (Avis, C.I.J., 28 mai 1951, Rec. 1951, p. 15), p. 58.

Ressortissants des Etats-Unis au Maroc (C.I.J., Arrêt, 27 août 1952, Rec. 1952, p. 200), p. 35.

Soprow-Kosveg (Commission consultative des communications, *J.O.*, S.D.N., 1928, p. 1615 et Collège d'arbitrage(, R.G.D.I.P., 1930, p. 324), p. 89.

Tinoco (arbitrage Grande-Bretagne Venezuela, 18 octobre 1923, Rec. sentences arbitrales, O.N.U.I., 369), p. 133.

Union Douanière Austro-Allemande (Avis, C.P.J.I., 5 septembre 1931, Série A/B, n° 41, p. 49), p. 249.

Wimbledon (C.P.J.I., Arrêt, 17 août 1923, Série B, n° 12, p. 13), p. 21.

Zones franches franco-suisses (C.P.J.I., 7 juin 1932, Série A/B, n° 46), pp. 85, 87, 90.

Index alphabétique

(*Les chiffres renvoient aux pages.*)

Adhésion (à un traité) : 53, 55, 86.
Aéronef : 216 et s.
Avis : 240 et s.
Annexions (territoriales) : 230 et s.
Auto-limitation (théorie de l') : 117 et s.

Baies : 233 et s.
Blocus : 139 et s.

Clause :
— de la nation la plus favorisée : 86 ;
— *rebus sic stantibus* : 196 et s.
Codification : 51, 183 et s.
Communautés européennes : 65, 66, 97.
Communications (traités relatifs aux) : 88 et s.
Compétence :
— des Etats, attribution : 116 et s. ; délimitation : 144 et s., 199 et s., 222 et s. ;
— des organisations internationales : 95 et s., 170 et s.
Consentement : 106 et s.
Contexte (recours au — pour l'interprétation des traités) : 165 et s.
Convention : 114 et s.
Coutume : formation de la — : 15 et s. ; preuve de la — négative (cf. désuétude) : 26 et s., 40 et s.

Découverte (théorie de la) : 145 et s.
Désuétude :
— de la coutume : 181 et s. ;
— des traités : 184 et s.

Effectivité : définition : 1 et s., 9, 254 et s. ;
principe d'— : 2, 8 et s., 112 et s., 116, 129.
Effet utile : 166 et s.
Efficacité : 4 et s.
Etat « intéressé » : 62 et s., 89 et s.
Ex injuria jus non oritur : 6, 109, 187 et s., 229 et s., 256.

Fiction : 70, 91, 94, 96, 130, 146 et s., 159, 177 et s.
Force majeure : 195 et s.

Garantie (traités de) : 86.
Guerre (effet de la — sur les traités) : 187.

Incompatibilité (des traités) : 244.
Indépendance (de l'Etat) : 125 et s.
Ineffectivité : 65, 128 et s., 174 et s., 181 et s., 199 et s.
Inexistence : 176 et s.
Intention (recherche de l'— des parties contractantes) : 163 et s.
Interprétation (des traités) : 160 et s.
In toto juris genus per speciem derogatur : 252.

Légitimité (d'un gouvernement) : 5 et s., 122 et s.
Lex. posterior derogat priori : 252.

Majorité (dans les organisations internationales) : 75 et s.
Mer (territoriale) : 233 et s.

Monisme (théorie du) : 118 et s.
Nationalité des aéronefs et navires : 216 et s. ;

— des personnes physiques et morales : 206 et s.

Objectivistes (théories) : 111 et s.
Opposabilité : 3 et s., 34 et s., 144 et s., 222 et s.
Ordre juridique : 1, 4 et s., 93, 107.
Organisation des Nations unies ;
personnalité internationale : 69, 74 et s. ;
représentation des Etats membres : 62 et s., 69 et s., 74 et s.
Organisations internationales : 60 et s., 95 et s., 170 et s.

Pacta sunt servanda (règle) : 250.
Pavillons de complaisance : 65, 218 et s.
Personnalité en droit international : 99 et s. ;
— des organisations internationales : 95 et s., 170 et s.
Plateau continental : 235 et s.
Pluralisme (théories du) : 117 et s.
Pondération (dans les organisations internationales) : 65 et s.
Prescription : 174.
Présomption : 177.
Preuve : 40 et s., 163, 175 et s.
Puissances (grandes) : 54, 68 et s., 89 et s., 91 (et note 27).

Reconnaissance :
— d'Etat : 119 et s., 147 et s. ;
— de belligérance : 201 et s. ;
— d'insurgé : 131 et s., 201 et s. ;
— de gouvernement : 120 et s., 132, 138 et s. ;
— de nation : 201 ;
— *de jure et de facto* : 204 ;
— d'une situation : 89 et s., 94, 95 et s. ;
liberté de la — : 97, 125.
Relations (avec un Etat non reconnu) : 134 et s.
Relativité (principe de la — des traités) : 59, 82 et s.
Représentation (d'un Etat à une organisation internationale) : 135.
Réserves (à un traité) : 56 et s.
Responsabilité : 133, 202.
Rétroactivité (non-) : 133.
Révision (des traités) : 54, 158 et s., 192 et s., 244 et s.
Révolution : 5.

Sanctions : 73.
Silence : 26 et s., 225, 227.
Société des Nations : 73 et s.
Souveraineté : 127, 232.
Stipulation pour autrui : 87.

Territoire sans maître : 144 et s. ;
— polaire : 145 et s.
Titres juridiques (conflits de) : 199 et s.
Traité conclus sous la violence : 102 et s. ;
effet relatif des — : 82 et s. ;
— incompatibles : 244 et s. ;
interprétation des — : 160 et s.

Unanimité (règle de l') : 51, 75.
Uti possidetis (règle de l') : 223.

Validité : 3 et s., 81 et s., 102 et s., 117 et s., 174 et s.
Violence (traités conclus sous la) : 102.
Volontarisme : 81, 85, 106 et s., 205.

Zone contiguë : 146 et s., 235 et s.
Zone d'influence : 146 et s.

Table des Matières

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

LA FONCTION CREATRICE DE L'EFFECTIVITE 11

CHAPITRE PREMIER. — *L'effectivité conditionne la formation de certaines règles juridiques* 13

Section I. — Le principe d'effectivité et la formation des règles coutumières 15

§ 1. Le principe d'effectivité et la pratique générale 17
A. — L'origine des précédents 17
B. — La signification du silence et de l'abstention 26
C. — L'opposabilité des coutumes générales aux nouveaux Etats. 34

§ 2. Le principe d'effectivité et l'*opinio juris sive necessitatis* 39
A. — La preuve de l'*opinio juris* 40
B. — La nature de l'*opinio juris* 43

Section II. — Le principe d'effectivité et l'élaboration des traités multilatéraux 50
A. — L'élaboration des traités multilatéraux 52
B. — L'entrée en vigueur des traités multilatéraux 54
C. — L'adhésion sans condition 55
D. — Les réserves 56

Section III. — L'effectivité conditionne certaines techniques d'élaboration des décisions des organisations internationales 60

§ 1. L'élaboration des décisions des organisations internationales et l'inégalité des Etats 62
A. — Le rôle des Etats intéressés dans les organisations internationales 62
B. — Le rôle des grandes puissances dans les organisations internationales 68
1° L'institutionalisation de la notion de grande puissance dans les chartes constitutives 68
2° Le rôle des grandes puissances dans la pratique des organisations internationales 72

§ 2. L'élaboration des décisions des organisations internationales et les groupements d'Etats 75

CHAPITRE II. — *L'effectivité fonde la validité des titres juridiques* 81

Section I. — L'effectivité détermine le domaine de validité de certaines situations d'origine conventionnelle 82

§ 1. Le principe de l'effet relatif des situations d'origine conventionnelle 82
A. — Le principe de l'effet relatif des conventions en droit interne et ses limites 82
B. — Le principe de l'effet relatif des traités et ses fausses exceptions 84

§ 2. L'effectivité et les exceptions au principe de l'effet relatif des traités 88
A. — Les statuts élaborés par les grandes puissances et les Etats intéressés (l'aspect qualitatif de l'effectivité) 89
B. — Les actes des organisations internationales (l'aspect quantitatif de l'effectivité) 95

Section II. — L'effectivité fonde la validité des traités conclus sous la violence 102

§ 1. Le droit positif et la validité des traités conclus sous la violence. 103
A. — La violence exercée sur les négociateurs 103
B. — La violence exercée contre l'Etat lui-même 103

§ 2. La doctrine et la validité des traités conclus sous la violence 106
A. — Les théories contractuelles 106
B. — Les théories politiques 109
C. — La théorie objectiviste 111

§ 3. Le principe d'effectivité et les traités conclus sous la violence 112

Section III. — L'effectivité fonde la validité des compétences étatiques. 116

§ 1. Les théories doctrinales relatives à la validité des compétences étatiques 117
A. — La validité des compétences étatiques selon les doctrines pluralistes 117
B. — La validité des compétences étatiques selon les doctrines monistes 118
1° Monisme avec primauté du droit interne 118
2° Monisme avec primauté du droit international 119

§ 2. La validité des compétences gouvernementales 120
A. — Les conditions politiques de la validité des compétences .. 121
1° La volonté de remplir les obligations internationales .. 121
2° Les conditions de légitimité 122
3° Les conditions d'indépendance 125
B. — La condition juridique : l'effectivité 128
1° L'application de la loi étrangère par le juge national .. 129
2° Les immunités de juridiction 132
3° La responsabilité internationale 133
4° L'établissement de relations internationales 134
5° L'exercice du droit de blocus 139

§ 3. La validité des compétences territoriales 143
A. — La doctrine et la validité des compétences territoriales 144
1° La théorie de la découverte 145
2° La théorie de l'occupation fictive 146
3° La théorie de la reconnaissance 147
4° La théorie de l'occupation effective 148
B. — Le droit positif et les conséquences de l'effectivité de la possession 149

Deuxième Partie

LA FONCTION REVISIONNISTE DE L'EFFECTIVITE 156

Chapitre premier. — *Les modifications apportées aux règles juridiques en raison du changement de leur effectivité* 157

Section I. — La révision coutumière des règles conventionnelles 158

Section II. — L'interprétation des règles juridiques d'origine conventionnelle 160

§ 1. Le problème de l'interprétation des traités 161

§ 2. L'application effective du traité comme élément de preuve de la volonté des parties 163

A. — La méthode d'interprétation « quasi authentique » des traités en droit positif 163

B. — La méthode d'interprétation « quasi authentique » des traités en doctrine 164

§ 3. L'application effective du traité, élément autonome pour l'interprétation du traité 165

A. — L'interprétation par l'effectivité en droit positif 167

B. — L'interprétation par l'effectivité en doctrine 169

Chapitre II. — *L'invalidité des titres juridiques ineffectifs* 174

Section I. — L'invalidité des actes juridiques ineffectifs 174

A. — La théorie de la prescription extinctive 174

B. — La théorie de l'inexistence 176

C. — La théorie des fictions en droit international 177

Section II. — L'invalidité des coutumes et des traités ineffectifs 181

§ 1. La désuétude des coutumes et des traités ineffectifs 181

A. — La désuétude des coutumes 182

B. — La désuétude des traités ineffectifs 184

§ 2. L'effet de la guerre sur les traités 187

§ 3. L'invalidité des traités du fait d'une (ou de quelques unes) des parties 190

§ 4. La révision des traités pour une « cause étrangère aux parties ». 195

Chapitre III. — *Les conflits des titres juridiques* 199

Section I. — Les conflits de compétences 199

§ 1. Les conflits de compétences gouvernementales 200

§ 2. Les conflits de compétences personnelles 205

A. — La détermination de la nationalité des sujets de droit 206

1° L'effectivité et la nationalité des individus 206

2° L'effectivité et la nationalité des personnes morales 211

B. — La détermination de la « nationalité » des navires, aéronefs et engins spaciaux 216

§ 3. Les conflits de compétences territoriales 222

A. — Les conflits de compétences territoriales entre deux Etats .. 223

B. — La délimitation des compétences territoriales étatiques sur le domaine public international 232

1° La délimitation des compétences étatiques sur le domaine maritime 233

a) Les limites de la mer territoriale 233

b) Les limites de la zone contiguë 235

c) La délimitation des compétences des Etats riverains sur le plateau continental et les installations étatiques sédentaires en haute-mer 236
2° La délimitation des compétences étatiques sur le domaine atmosphérique 240

Section II. — Les traités incompatibles 244
A. — Le droit positif et le problème des traités incompatibles 246
1° La pratique internationale 246
2° La jurisprudence internationale 247
B. — La doctrine et le problème des traités incompatibles 249
1° Les théories volontaristes 250
2° Les théories objectivistes 251

CONCLUSION 254

BIBLIOGRAPHIE 261

— Index des principaux arrêts, jugements ou avis rendus par les juridictions internationales et cités dans le texte.

— Index alphabétique.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 947
Dépôt légal : 2e Trimestre 1964

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 99 5-6-64